

Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung von Warenproben

von

Werner Soldner

aus Rothenburg o. d. Tbr.

1967

1967 10 318



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41533917_0041

Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung von Warenproben

Inaugural-Dissertation
der Juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexander-Universität
Erlangen-Nürnberg



vorgelegt von
Werner Soldner
aus Rothenburg o. d. Tbr.

Die Wettbewerbsrechtliche Beurteilung
von Warenzeichen

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des Grades eines
Doktors der Rechtswissenschaften
an der Universität Leiden
vorgelegt von



ausgegeben von
Walter Zolner

Referent: Professor Dr. Heinrich H u b m a n n
Tag der mündlichen Prüfung: 27. Juli 1967

Inhaltsverzeichnis

I. Vorbemerkungen	1
II. Die Aufgabenstellung	2
III. Die Aufgabenstellung	3
IV. Die Aufgabenstellung	4
V. Die Aufgabenstellung	5
VI. Die Aufgabenstellung	6
VII. Die Aufgabenstellung	7
VIII. Die Aufgabenstellung	8
IX. Die Aufgabenstellung	9
X. Die Aufgabenstellung	10
XI. Die Aufgabenstellung	11
XII. Die Aufgabenstellung	12
XIII. Die Aufgabenstellung	13
XIV. Die Aufgabenstellung	14
XV. Die Aufgabenstellung	15
XVI. Die Aufgabenstellung	16
XVII. Die Aufgabenstellung	17
XVIII. Die Aufgabenstellung	18
XIX. Die Aufgabenstellung	19
XX. Die Aufgabenstellung	20
XXI. Die Aufgabenstellung	21
XXII. Die Aufgabenstellung	22
XXIII. Die Aufgabenstellung	23
XXIV. Die Aufgabenstellung	24
XXV. Die Aufgabenstellung	25
XXVI. Die Aufgabenstellung	26
XXVII. Die Aufgabenstellung	27
XXVIII. Die Aufgabenstellung	28
XXIX. Die Aufgabenstellung	29
XXX. Die Aufgabenstellung	30

Meiner Mutter

Inhaltsverzeichnis

S.

Literaturverzeichnis	VII
Abkürzungsverzeichnis	XVI
Einleitung	1

1. Kapitel: Entwicklung des Begriffs "warenprobe"
und Abgrenzung gegenüber Zugabe, Rabatt
und Werbegabe

§ 1 Die Zugabe 3

I. Allgemeines 3

II. Die einzelnen Momente 4

1. Nebenware oder -leistung

2. Unentgeltlichkeit

3. Akzessorietät

4. Wert der Zugabe

5. Zusammenfassung

§ 2 Der Rabatt 9

I. Allgemeines 9

II. Die einzelnen Merkmale des Rabatts 9

1. Existenz eines Normalpreises

2. Form der Zuwendung

3. Sonderpreise

4. Preisvergleich

5. Akzessorietät

6. Waren des täglichen Bedarfs an den letzten
Verbraucher

§ 3 Die Werbegabe 13

I. Der Begriff in Rechtsprechung und Literatur 13

II. Eigene Ansicht 14

<u>§ 4 Der Begriff der Warenprobe</u>	15
I. Die Verwendung des Begriffes in Rechtsprechung und Literatur	15
II. Kritik	17
III. Die Voraussetzungen einer Warenprobe	19
1. Schenkung	
2. Waren, die der Werbetreibende entgeltlich vertreibt	
3. Probemenge	
4. Probezweck	
5. Selbständigkeit	
6. Zusammenfassung	
IV. Proben bei Gebrauchsgütern und Leistungsproben	23
1. Gebrauchsgüter	
2. Leistungsproben	
 <u>§ 5 Abgrenzungen</u>	 25
I. Die Abgrenzung zur Zugabe	25
II. Die Abgrenzung zum Rabatt	27
1. Preisnachlässe	
2. Hingabe einer bestimmten Menge	
III. Die Abgrenzung zur Werbegabe	28
 <u>§ 6 Die Beurteilung von Warenproben im Ausland</u>	 30

2. Kapitel: Die Beurteilung der Warenprobe nach der Zugabeverordnung und dem Rabattgesetz

<u>§ 7 Die Zugabeverordnung</u>	33
I. Die Anwendbarkeit der ZugVO auf Warenproben	33
1. Übereinstimmungen und Unterschiede von Zugabe und Warenprobe	
2. Folgerungen für die rechtliche Beurteilung	
3. Ergebnis	

III

II.	Die Anwendung der ZugVO in Einzelfällen	37
	1. Die Umgehung des Zugabeverbots	
	2. Qualitätsänderung durch die Dauer der Abgabe	
	3. Form der Ankündigung von Warenproben	
	4. Zusätzliche Zuwendungen bei der Abgabe von Warenproben	

<u>§ 8</u>	<u>Das Rabattgesetz</u>	48
------------	-------------------------	----

I.	Die Anwendbarkeit des RabattG auf Warenproben	48
	1. Umsonstabgabe als Rabatt	
	2. Eigene Anschauung	
II.	Die Anwendung des RabattG in Einzelfällen	52
	1. Preisabschlag für Neukunden	
	2. Faktische Verbindung mit einem Kauf der gleichen Ware	
	3. Beigabe gleichartiger Waren	

3. Kapitel: Die Beurteilung der Warenproben von Verbrauchsgütern nach dem UWG

<u>§ 9</u>	<u>Grundsätzliches</u>	61
------------	------------------------	----

I.	Allgemeines zum UWG	61
II.	Die geschützten Subjekte und das Schutzgut des UWG	61
	1. Geschützte Subjekte	
	2. Das Schutzgut	
III.	Voraussetzungen der Generalklausel	65
	1. Geschäftlicher Verkehr	
	2. Handlung zu Zwecken des Wettbewerbs	
IV.	Die guten Sitten	69
	1. Sitte oder Sittlichkeit?	
	2. Der maßgebliche Personenkreis	
V.	Versuche einer Systematisierung	73
	1. Die einzelnen Einteilungsversuche	
	2. Leistungs- und Nichtleistungswettbewerb	
	3. Einordnung der Warenprobe	

<u>§ 10 Schutz der Interessen des Publikums</u>	79
I. Verstoß gegen den Wahrheitsgrundsatz	79
1. Allgemeines	
2. Echtheit der Probe	
3. Falsche Ankündigung	
II. Psychologische Beeinflussung	83
1. Allgemeines	
2. Wertübersteigerung des Werbegeschenks	
3. Kontaktübersteigerung	
a) Grundsätzlich kein "unlauteres Anreißen"	
b) Zusendung unbestellter Waren	
c) Herbeiführung eines sofortigen Kaufentschlusses	
<u>§ 11 Schutz der Interessen der Mitbewerber</u>	90
I. Marktsättigung und Nachahmungsgefahr	90
1. Die Marktsättigung in der Rechtsprechung des RG und des BGH	
a) Die Rechtsprechung des RG	
b) Die Rechtsprechung des BGH	
2. Stellungnahme in der Literatur	
3. Eigene Stellungnahme	
4. Andere Lösungsversuche	
a) Faktische Alleinstellung	
b) Abgrenzung nach dem Probezweck	
5. Eigene Lösung	
6. Die Nachahmungsgefahr	
a) Ihre Berücksichtigung in der Rechtsprechung	
b) Kritik in der Literatur	
c) Eigene Auffassung	
II. Vergleichende Werbung und Eindringen in den fremden Kundenkreis	115
1. Vergleichende Werbung	
2. Eindringen in den fremden Kundenkreis	

III. Verstoß gegen gesetzliche Regelungen und Vertragsbruch	118
1. Verstoß gegen gesetzliche Regelungen	
2. Vertragsverletzung	
IV. Gewährung von Sondervorteilen an die Händler	122
<u>§ 12 Nichteinhaltung des Probezwecks</u>	126
I. Zulässige Probemenge	126
1. Durchschnittlicher Bedarf	
2. Entscheidung nach der Art der Ware	
3. Verteilung handelsüblicher Einheiten	
II. Einfluß der Neuheit der Ware	130
1. Beschränkung auf neue Waren?	
2. Keine Erhöhung der Probemenge	
3. Gewöhnungszweck bei neuartigen Waren	
4. Gewöhnungszweck bei eingeführten Waren	
III. Prüfung des Probewunsches	136
1. Stellungnahme der Rechtsprechung	
2. Eigene Ansicht	
IV. Rechtliche Beurteilung	139
1. Grundsätzliche Zulässigkeit	
2. Unlauterkeitsmerkmale	
<u>§ 13 Die Beurteilung nach sonstigen Rechtsnormen</u>	143
I. Die Sondertatbestände des UWG	143
II. Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb	143
1. Allgemeines	
2. Die Bedeutung bei der Beurteilung von Warenproben	
<u>§ 14 Die Besonderheiten der Proben für Gebrauchsgüter und Leistungsproben</u>	147
I. Proben für Gebrauchsgüter	147
1. Stellungnahme in Rechtsprechung und Literatur	
2. Eigene Stellungnahme	

VI

II. Leistungsproben	149
1. Allgemeines	
2. Rechtliche Beurteilung	
<u>§ 15 Rechtsfolgen</u>	151
I. Zivilrechtliche Folgen	151
1. Der Unterlassungsanspruch	
2. Der Beseitigungsanspruch	
3. Der Schadensersatzanspruch	
4. Der Anspruch auf Auskunftserteilung	
5. Die Aktiv- und Passivlegitimation	
II. Strafrechtliche Folgen	155

Literaturverzeichnis

- ALEXANDER-KATZ, Günther Moderne Fälle unlauteren Wettbewerbs, 2. Aufl. Berlin 1933
- ders. Empfiehlt sich die Einführung gesetzlicher Maßnahmen gegen den unlauteren Wettbewerb? Verhandlungen des 23. Deutschen Juristentages Bd. I S. 127 ff
- BAUMBACH, Adolf Verschulden und Sittenwidrigkeit im Wettbewerbsrecht, JW 1930, 1643
- ders. Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 4. Aufl., München und Berlin 1938
- BAUMBACH, Adolf und HEFERMEHL, Wolfgang Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 9. Aufl., Bd. I, München und Berlin 1964
- BECHER, Carl Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 2. Aufl. München 1932
- ders. Wettbewerbsrecht, Berlin 1928
- BENISCH, Werner Zur Problematik eines gesetzlichen Schutzes des Leistungswettbewerbs, WuW 1955, 421 ff
- BÖHM, Franz Wettbewerb und Monopolkampf, Berlin 1933
- BRANDT, Richard Verschenken von Originalwaren zur Erprobung, GRUR 1955, 327 ff
- BRECHER, Fritz Das Unternehmen als Rechtsgegenstand, Bonn 1953
- von BÜREN, Bruno Kommentar zum Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb, Zürich 1957
- ders. Die kostenlose Warenverteilung nach schweizerischem Recht, GRUR Ausl. 1958, 172 f
- von BURCHARD Die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit des Werbegeschenkes, GRUR 1956, 163 ff

- BURMANN, Hans Die wettbewerbswidrige Nachahmung fremder Werbung, Betrieb 1964, 575
- ders. Werberecht der Wirtschaft, Loseblatt-Handbuch
- BUSSMANN Anmerkung zu BGH "Kukident", GRUR 1963, 203
- von CAEMMERER, Ernst Wandlungen des Deliktsrechts, 100 Jahre Deutsches Rechtsleben, Bd. II S. 49 ff.
- ders. Bereicherung und unerlaubte Handlung, Festschrift für Rabel Bd. I S. 332 ff
- CALLMANN, Rudolf Der unlautere Wettbewerb, Mannheim-Berlin-Leipzig 1929
- CROON, C. und van der VEEN, R. Die Zulässigkeit von Gratislieferungen nach niederländischem Recht, GRUR Ausl. 1958, 176 ff
- CULEMANN Anmerkung zu OLG Hamm, JW 1937, 1264
- DERENBERG, Walter Die Beurteilung von Gratislieferungen, insbesondere von Warenproben, in den USA, GRUR Ausl. 1958, 183 f
- DÖLL, Hermann Die Berücksichtigung der Nachahmungsgefahr bei Wettbewerbsverstößen, BB 1965, 173 ff
- DROSTE, K. Die "guten Sitten" im Wettbewerb und die Rechtsprechung, Betrieb 1956, 789 ff
- ELSTER, Alexander Wettbewerbsrecht, Berlin 1941
- ders. Zulässige und unzulässige Werbung mit "Warenproben", AWR 1939, 161 f
- ENDEMANN, F. Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 8. Aufl., Berlin 1903
- ENGEL, Joachim Eine rechtsvergleichende Darstellung des deutschen und französischen Zugaberechts, Hamburger Dissertation 1966

ENNECCERUS- LEHMANN	Das bürgerliche Recht, 2. Aufl., Marburg 1901
ENNECCERUS- NIPPERDEY	Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., Tübingen 1959
ERMANN, Walter	Handkommentar zum BGB, 3. Aufl., Bd. I, Münster 1962
ESSER, Josef	Schuldrecht, 2. Aufl., Karlsruhe 1960
FIKENTSCHER, Wolfgang	Wettbewerb und gewerblicher Rechts- schutz, Berlin 1958
FREIBERGER, Hans	Der Wahrhaftigkeitsgrundsatz und die Pflicht zur Wahrhaftigkeit im Wettbewerbsrecht, Frankfurt 1938
GIESEKE, Paul	Recht am Unternehmen und Schutz des Unternehmens, GRUR 1950, 298 ff
von GODIN, Hans	Über den Verstoß gegen die wettbe- werbsrechtlichen guten Sitten, GRUR 1966, 127 ff
von GODIN, Hans und HOTH, Jürgen	Wettbewerbsrecht, Berlin 1957
GOTTSCHICK	Unlauterer und unbequemer Wettbe- werb, AWR 1935, 121 ff
GREIFELT, Kurt	Die Zusendung unbestellter Waren, WRP 1955, 120 ff
GUHL, Theo	Das schweizerische Obligationen- recht, 4. Aufl., Zürich 1948
HAGEN, Konrad	Die guten Sitten als Rechtsbegriff, GruchBeitr. Bd. 52, 497 ff
HAMANN, Andreas	Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, Heidelberg 1953
von HARDER, Hermann	Zum Unwerturteil der Werbungsüber- steigerung, GRUR 1962, 439 ff
HEFERMEHL, Wolfgang	Der Anwendungsbereich des Wettbe- werbsrechts, Festschrift für Nip- perdey zum 60. Geburtstag, München und Berlin 1955

ders.	Anmerkung zu BGH "Bayern-Express", GRUR 1957, 560 f
HEINTZ, Karl	Feststellung der Sittenwidrigkeit nach § 1 UWG, NJW 1952, 1005 f
HERBER, Rolf	Leistungswettbewerb und Preisunterbietung, Kölner Dissertation 1956
HERZOG	Zum Begriff der guten Sitten im BGB, Breslau 1910
HONIG, Frederick	Die Beurteilung von Gratislieferungen nach englischem Recht, GRUR Ausl. 1958, 185 ff
HUBMANN, Heinrich	Gewerblicher Rechtsschutz, München und Berlin 1962
ders.	Urheber- und Verlagsrecht, 2. Aufl., München und Berlin 1966
ders.	Das Recht am Unternehmen, ZHR 117, 41 ff
ders.	Grundsätze der Interessenabwägung, AcP 155, 85 ff
ders.	Ousting from market of weak competitors, World Unfair Competition Law, Leiden und Brüssel 1965, 558 ff
ISAY, Hermann	Das Rechtsgut des Wettbewerbsrechts, Berlin und Frankfurt 1933
ISAY, Rudolf	Soziale Marktwirtschaft und Kartellgesetzgebung, WuW 1954, 557 ff
JAKOBI, Leonard	Recht, Sitte und Sittlichkeit, Jherings Jahrb. Bd. 41, 68 ff
von JHERING, Rudolf	Der Zweck im Recht, Leipzig 1886
KIRCHBERGER, Hans	Die Bedeutung von Mittel und Zweck im Wettbewerb, MuW 1933, 275 ff
ders.	Unlauterer, sittenwidriger und unerlaubter Wettbewerb, Berlin 1931
KLAKA, Rainer	Anmerkung zu OLG München, WuW 1957, 45 ff

- | | |
|-------------------------------------|---|
| KLAUER, Georg und
SEYDEL, Helmut | Zugabewesen, 3. Aufl., Berlin 1954 |
| KOENIGS, Polkmar | Wechselwirkungen zwischen Gesetz
gegen Wettbewerbsbeschränkungen
und Recht des unlauteren Wettbe-
werbs, NJW 1961, 1041 ff |
| KOHLER, Josef | Der unlautere Wettbewerb, Berlin
und Leipzig 1914 |
| ders. | Sitte und Sittlichkeit, Archiv für
Rechts- und Wirtschaftsphilosophie
Bd. VIII S. 330 ff |
| KRAFT, Alfons | Interessenabwägung und gute Sitten
im Wettbewerbsrecht, München und
Berlin 1963 |
| KRIEGER, Albrecht | Ist die vergleichende Werbung zu-
lässig? BB 1962, 240 f |
| KUMMER, Max | Anwendungsbereich und Schutzzut
der privatrechtlichen Rechtsätze
gegen unlautern und freiheitsbe-
schränkenden Wettbewerb, Bern 1960 |
| LARENZ, Karl | Lehrbuch des Schuldrechts, 7. Aufl.
Bd. II, München und Berlin 1965 |
| LOBE, Adolf | Die Bekämpfung des unlauteren Wett-
bewerbs, Bd. I Der unlautere Wett-
bewerb als Rechtsverletzung, Leip-
zig 1907 |
| ders. | Der Begriff der guten Sitten in
BGB § 826 und UWG § 1, GruchBeitr.
Bd. 72, 145 ff |
| MARBE, Karl | Psychologie der Werbung, Stuttgart
1927 |
| ders. | Psychologie der Wertreklame, Stutt-
gart 1930 |
| MEISTER, Jürg | Wettbewerbsrechtliche Beurteilung
des Zugabewesens, Aarau 1954 |
| MEYER-CORDING, Ulrich | Gute Sitten und ethischer Gehalt
des Wettbewerbsrechts, JZ 1964,
273 ff und 310 ff |

- MEYER, Herbert Ist die Abgabe von Warenproben, die - äußerlich nicht erkennbar - zugleich mit einer anderen entgeltlich abgegebenen Ware verabfolgt werden, zulässig? GRUR 1951, 149
- MICHEL, Elmar,
WEBER, Hans und
GRIES, Gerhard Das Rabattgesetz, 2. Aufl., München und Berlin 1957
- MÜLLER-HENNEBERG und
SCHWARTZ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 2. Aufl. Köln, Berlin, Bonn und München 1963
- NAUE-RÖTTGER Werbung! Zulässig oder verboten? Berlin 1937
- von NELL-BREUNING, Osw. Kritisches zum Begriff "Wettbewerbsordnung", WuW 1952, 371 ff
- NERRETER, Paul Allgemeine Grundlagen eines deutschen Wettbewerbsrechts, Berlin 1936
- ders. Die Weiterbildung der drei wettbewerbsrechtlichen Grundregeln, GRUR 1937, 167 ff
- ders. Ungewöhnliche Vorteilsgewährung in Werbung und Absatz, GRUR 1939, 98 ff
- NIPPERDEY, Hans-Carl Wettbewerb und Existenzvernichtung, KartR 1930, 127 ff
- ders. Anmerkung zu RG, JW 1930, 412
- ders. Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik, WuW 1954, 211 ff
- ders. Die Frage des Schutzes des Unternehmens nach § 823 Abs. 1 BGB, Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Bd. II, S. 445 ff, Marburg 1931
- OERTMANN, Paul Allgemeiner Teil des BGB, 3. Aufl., Berlin 1927
- OSTERRIETH, Albert Gewerblicher Rechtsschutz, Leipzig 1908

- PINNER, Albert Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs, Berlin 1903
- RAISER, Ludwig Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im deutschen Zivilrecht, JZ 1961, 465 ff
- REIMANN, Günther Wettbewerb und "gute Sitten", WuW 1957, 621 ff
- REIMER, Dietrich Die Gratislieferung nach deutschem Recht, GRUR Ausl. 1958, 159 ff
- REIMER, Eduard Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 3. Aufl., Köln und Berlin 1954
- REIMER, Eduard und
KRIEGER, Albrecht Zugabe- und Rabattrecht, Köln und Berlin 1955
- RINCK, Gerd Die Markttransparenz, BB 1962, 105 ff
- ROSENTHAL, Alfred Wettbewerbsgesetz, 8. Aufl., Berlin 1930
- ROUBIER, Paul Le droit de la propriété industrielle, Bd. I, Paris 1952
- RUDLOFF, Georg und
BLOCHWITZ, Reinhard Das Recht des Wettbewerbs, Berlin 1938
- SAINT-GAL, Yves und
LASSIER, J. Die Beurteilung kostenloser Warenverteilungen nach französischem Recht, GRUR Ausl. 1958, 176 ff
- SCHIBEL, Roland Anmerkung zu OLG Hamm, BB 1960, 1149 f
- SCHIPPEL, Helmut Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, München, Köln und Berlin 1956
- SCHÖNHERR, Fritz Die Beurteilung von Gratislieferungen und -leistungen nach österreichischem Wettbewerbsrecht, GRUR Ausl. 1958, 169 ff
- SCHÖNKE, Adolf und
SCHRÖDER, Horst Strafgesetzbuch, 11. Aufl., München und Berlin 1963

- SCHWAMBERGER, Wolfgang Vergleichende Werbung unter dem Gesichtspunkt neuer Ordnungsprinzipien, NJW 1961, 1185 ff
- SEYDEL, Helmut Wirtschaftspolitische Erwägungen als Grundlage wettbewerbsrechtlicher Entscheidungen? MA 1956, 83 ff
- SOERGEL-SIEBERT Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Aufl., Stuttgart 1959
- SORDELLI, Luigi Gratislieferungen von Waren und unlauterer Wettbewerb in Italien, GRUR Ausl. 1958, 179 ff
- SPENGLER, Albrecht Ist das Verschenken von Handelsware unlauterer Wettbewerb? MA 1955, 87 ff
- ders. Geschenkwesen im Wettbewerb, MA 1953, 95 ff
- SPENGLER, Albrecht und
VÖLP, Fromut Die vergleichende Werbung - ein Streitgespräch, WRP 1965, 121 ff
- Staatslexikon (Recht, Wirtschaft, Gesellschaft), 6. Aufl., Freiburg 1959
- von STAUDINGER, J. Kommentar zum BGB, Recht der Schuldverhältnisse, 11. Aufl., Berlin 1958
- TETZNER, Heinrich Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 2. Aufl., Köln 1957
- ders. Rabattgesetz, Berlin und Frankfurt 1963
- THIELE, Heinz Die rechtliche Beurteilung des Behinderungswettbewerbs nach § 1 UWG, Hamburger Dissertation 1950
- THIERSCHKY, S. Kartellpreiskampf und Wettbewerb, KartR 1932, 435 f
- TROLLER, Alois Der Schweizerische gewerbliche Rechtsschutz, Basel 1948
- ders. Immaterialgüterrecht, Basel und Stuttgart 1962

- von TUHR, Andreas Der Allgemeine Teil des Deutschen
Bürgerlichen Rechts, Leipzig 1910-
1918
- ULMER, Eugen Sinnzusammenhänge im modernen
Wettbewerbsrecht, Berlin 1932
- ders. Wandlungen und Aufgaben im Wettbe-
werbsrecht, GRUR 1937, 769 ff
- WALTHER, C. A. Zur Frage der unentgeltlichen Mas-
senverteilung von Waren zu Werbe-
zwecken, WRP 1957, 161 ff
- WEBER Anmerkung zu OLG Celle, AWR 1935,
180
- WENDLANDT, Werner Das Preisrecht der Wettbewerbsge-
setze, Berlin 1941
- WÜRDINGER, Hans Schenkung als Werbemaßnahme, WuW
1955, 71 ff

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
aaO	am angeführten Ort
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AWR	Archiv für Wettbewerbsrecht
BayBS	Bereinigte Sammlungen des Bayerischen Landesrechts
BAUMBACH-HEFERMEHL	Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Bd. I, 9. Aufl., München und Berlin 1964
BB	Der Betriebs-Berater
Bd.	Band
Betrieb	Der Betrieb
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des BGH in Zivilsachen
bzw.	beziehungsweise
ders.	derselbe
Einl.	Einleitung
e. V.	eingetragener Verein
ff	folgende
GG	Grundgesetz
GODIN-HOTH	v. GODIN, Hans und HOTH, Jürgen, Wettbewerbsrecht, Berlin 1957
GoltdArch	Goltdammers Archiv für Strafrecht

GruchBeitr.	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Ausl.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Auslands- und internationaler Teil
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HGB	Handelsgesetzbuch
h. L.	herrschende Lehre
h. M.	herrschende Meinung
HUBMANN	HUBMANN, Heinrich, Gewerblicher Rechtsschutz, München und Berlin 1962
i. S.	im Sinne
JheringJahrb.	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KartR	Kartell-Rundschau
KG	Kammergericht
LG	Landgericht
m. E.	meines Erachtens
MuW	Markenschutz und Wettbewerb
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
OGH	Oberster Gerichtshof
OLG	Oberlandesgericht

RabattG	Rabattgesetz
Rdz.	Randziffer
RG	Reichsgericht
RGBL.	Reichsgesetzblatt
RGSt	Antliche Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	Antliche Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
S.	Seite
schweiz. BGE	Antliche Sammlung der Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts
StGB	Strafgesetzbuch
TETZNER	TETZNER, Heinrich, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 2. Aufl., Köln 1957
u. a.	und andere
usw.	und so weiter
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkung
Wettbewerb	Der Wettbewerb, Mitteilungen der Zen- trale zur Bekämpfung unlauteren Wett- bewerbs e. V.
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
Z.	Ziffer
z. B.	zum Beispiel
ZHR	Zeitschrift für das Gesamte Handels- recht und Konkursrecht
ZugVO	Zugabenverordnung

E i n l e i t u n g

In einer Wettbewerbswirtschaft, die dadurch gekennzeichnet ist, daß die Abnehmer in der Wahl frei sind und sich auf Seiten der Anbieter mehrere bemühen, zu dem jeweils nur für einen möglichen Geschäftsabschluß zu kommen, müssen die Anbieter, um eine bestimmte Absatzleistung zu erreichen, eine gezielte Absatzpolitik betreiben; hierfür stehen ihnen als Instrumente zur Verfügung die Absatzmethode, die Preispolitik, die Produktgestaltung und die Werbung. Dabei kommt der Werbung, verstanden als planvoller Einsatz von Werbemitteln unter Ausschluß sonstiger Umstände mit werbender Wirkung, wegen ihres Bekanntmachungseffektes besondere Bedeutung zu. Mit der Werbung können sämtliche potentielle Abnehmer erreicht werden, sie ist deshalb für die Markteinführung einer Ware, aber auch für eine Umsatzvergrößerung, unerlässlich. Neben der Hinlenkung des Verbrauchers auf ein bestimmtes Produkt kann mit der Werbung auch die Weckung latenter Wünsche oder eine Erweiterung der Bedürfnisse erreicht werden¹.

Unter den Werbungsmitteln stehen sich die beiden großen Gruppen der klassischen Wort- und Anschauungsreklame und der Wertreklame gegenüber. Letztere hat besonders seit dem Ende des 1. Weltkrieges immer größere Bedeutung erlangt. Als Wertreklame ist jede Werbung anzusehen, bei der dem Umworbenen ein Wert zugewandt wird², ihr zuzurechnen sind

¹Vgl. Staatslexikon Bd. VIII, 586 ff.

²So die h. M., vgl. BAUMBACH-HEFERMEHL vor § 1 ZugVO Rdz. 1; REIMER-KRIEGER, § 1 ZugVO Anm. 10; a. A. BURMANN II 365 S. 1, der als Mittel der Wertreklame lediglich solche ansieht, bei denen die Werbewirkung vom Wert der Zuwendung als solchem ausgeht und dementsprechend die Warenprobe ausdrücklich ausnimmt.

mithin insbesondere Zugaben, Rabatte, Werbegaben, Aus-
spielungen sowie die hier zu untersuchenden Warenproben.
Bei der Behandlung des gestellten Themas ist zunächst der
Begriff "Warenprobe" zu untersuchen, da dieser in Recht-
sprechung und Literatur noch nicht hinreichend geklärt
ist. Danach ist zu prüfen, inwieweit die bestehenden aus-
drücklichen gesetzlichen Regelungen der Wertreklame, die
in der ZugVO und dem RabattG enthalten sind, Bedeutung
für die Beurteilung von Warenproben haben. Schließlich
ist deren Zulässigkeit anhand der allgemeinen wettbewerbs-
rechtlichen Grundsätze des UWG zu erörtern.

1. Kapitel

Entwicklung des Begriffs "Warenprobe" und Abgrenzung gegenüber Zugabe, Rabatt und Werbegabe

Dem Begriff "Warenprobe" kann nur dann eine rechtliche Bedeutung beigemessen werden, wenn man dieses Werbemittel als etwas Eigenständiges gegenüber den anderen Erscheinungsformen der Wertreklame, mit denen es Berührungspunkte gemeinsam hat - das sind Zugabe, Rabatt und Werbegabe - betrachtet. Eine Begriffsbestimmung kann also sinnvoll nur unter gleichzeitiger Herausarbeitung der Unterscheidungsmerkmale getroffen werden. Um eine zusammenhängende Darstellung zu ermöglichen, soll zunächst das Wesen von Zugabe, Rabatt und Werbegabe skizziert werden.

§ 1 Die Zugabe

I. Allgemeines

Zugaben haben durch die Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutze der Wirtschaft vom 9. 3. 1932¹ eine spezielle gesetzliche Regelung erfahren. Die Rechtsgültigkeit dieser Verordnung ist unbestritten, da sie nur die Ausübung des Gewerbes regelt².

Bei der Auslegung dieser Verordnung ergeben sich jedoch Schwierigkeiten daraus, daß der Gesetzgeber keine Definition des Begriffes "Zugabe" gegeben hat. Durch die

¹RGBl. I S. 121 f in der Fassung vom 12. 5. 1933 (RGBl. I S. 264), vom 20. 8. 1953 (RGBl. I S. 939) und vom 15. 11. 1955 (BGBl. I S. 719).

²BAUMBACH-HEFERMEHL, ZugVO Rdz. 10.

in Klammer beigefügte Erklärung ist lediglich klargestellt, daß es sich um eine Ware oder Leistung handeln muß. Wie der sich um diesen Begriff rankende Streit lehrt, hat der Gesetzgeber zu Unrecht vorausgesetzt, daß bekannt und feststehend sei, was eine Zugabe ist. Da jedoch mit dieser Verordnung nur ein Teilbereich der Wertreklame, auf dem es zu besonders krassen Auswüchsen gekommen war, und nicht - wie KRIEGER³ meint - die gesamte Wertreklame eingeschränkt werden sollte, ist die Klärung dieses Begriffes von besonderer Bedeutung. Dabei kann heute als feststehend betrachtet werden, daß für das Vorliegen einer Zugabe das Zusammentreffen verschiedener Momente erforderlich ist⁴.

II. Die einzelnen Momente

1. Nebenware oder -leistung

Aus der Gesetzesfassung kann man unmittelbar entnehmen, daß nur eine Nebenware oder -leistung Zugabe sein kann. Es muß also immer eine Hauptware oder -leistung vorliegen, eine völlig selbständige Zugabe ist undenkbar. Außerdem muß die Zugabe eine von der Hauptleistung verschiedene Leistung zum Gegenstand haben; Teile der Hauptleistung, etwa notwendiges Zubehör oder auch frei normierte Leistungssteigerungen im Rahmen eines einheitlichen Geschäftsvorganges⁵, gehören zur Leistung selbst und können deshalb keine Zugabe sein. Um feststellen zu können, wann eine Zugabe vorliegt,

³REIMER-KRIEGER, § 1 ZugVO Rdz. 10.

⁴BAUMBACH-HEFERMEHL, § 1 ZugVO Rdz. 1.

⁵BGH GRUR 1959, 544 (546) - Modenschau.

muß zunächst der Vertragsinhalt genau bestimmt werden. Hierbei gewinnt auch die Verkehrsanschauung Bedeutung; alles, was nach ihr zur Erfüllung des Vertrages erforderlich ist, stellt keine Zugabe dar. Das erlangt besondere Bedeutung bei Wareneinheiten, die durch ihre Zweckverbundenheit entstehen⁶. Ob eine Nebenleistung vorliegt, kann also nur jeweils im Einzelfall entschieden werden.

2. Unentgeltlichkeit

Das zweite Moment ist die äußerliche Unentgeltlichkeit der Zugabe. Dem Kunden wird nur ein Preis für die Hauptware berechnet, die Nebenware hingegen wird ohne besondere Berechnung abgegeben. Dem sind die Fälle gleichzustellen, in denen nur zum Schein ein geringfügiges Entgelt verlangt wird oder die Zugabe zur Verschleierung zusammen mit der Hauptware zu einem einheitlichen Preis abgegeben wird (§ 1 Abs. 1 Satz 2 und 3 ZugVO). Für die Frage der Unentgeltlichkeit ist aber nur der äußere Eindruck entscheidend; ob (wie das fast immer der Fall sein wird) die Zugaben bei der Kalkulation der Hauptware berücksichtigt werden, der Kunde also tatsächlich doch mit dem Preis für die Hauptware die Nebenware bezahlen muß, ist unbeachtlich. Eine Überprüfung der rein internen Kalkulation des Werbetreibenden ist nicht für die Feststellung einer Zugabe erforderlich⁷. Das Zugabeverbot richtet sich gegen die unsachliche Beeinflussung der Kunden zum Abschluß eines Geschäfts durch das Inaussichtstellen "kostenloser" weiterer Vorteile. Wenn der Kunde nun diesen Vorteil mit dem Preis für die Hauptware auch noch selbst bezahlen

⁶BAUMBACH-HEFERMEHL, § 1 ZugVO Rdz. 3; BGH WRP 1963, 140 (141); Mal- und Zeichenschule.

⁷ELSTER, Wettbewerbsrecht, § 1 ZugVO Anm. 6; BAUMBACH-HEFERMEHL, § 1 ZugVO Rdz. 14; OLG Hamburg BB 1963, 1154 (1155); nach GODIN-HOTH, § 1 ZugVO Anm. 2, soll der Anschein der Nichtberechnung keine Rolle spielen.

muß, so führt das nicht zur Zulässigkeit dieser Werbemaßnahme, sondern läßt den Kaufanreiz unberührt und fügt durch die Täuschung des Kunden sogar noch ein weiteres Unlauterkeitsmerkmal hinzu.

3. Akzessorietät

Das dritte Moment, das den Zugaben eigen ist, ist die Akzessorietät zum Hauptgeschäft.

a) Zwischen der Zugabe und dem Hauptgeschäft muß ein innerer Zweckzusammenhang bestehen; die Zugabe muß bestimmt und objektiv geeignet sein, einen Einfluß auf den Erwerb der Hauptware auszuüben; eine Zugabe liegt nicht vor, wenn die Zuwendung nicht im Hinblick auf ein entgeltliches Geschäft erfolgt. Die Zugabe muß also Vorspanndienste für den Absatz der Hauptware leisten, d. h. einen Anreiz zu deren Erwerb bieten⁸. Dazu genügt allerdings nicht die hinter jeder Werbung stehende Hoffnung auf einen Geschäftsabschluß⁹, sondern die Gewährung der Zugabe muß von einem solchen abhängig sein.

b) Dieser innere Zusammenhang muß zwar äußerlich erkennbar sein¹⁰, ein äußerer (räumlicher oder zeitlicher) Zusammenhang ist aber nicht erforderlich. Damit wird die Abgrenzung der Zugabe von der Werbegabe problematisch, andererseits würden aber der Umgehung des Zugabeverbots Tür und Tor geöffnet, wenn ein äußerer Zusammenhang gefordert würde. In Rechtsprechung und Lehre hat sich des-

⁸RGZ 154, 28 (35): Freigas; BGHZ 11, 274 (278): Orbis-Reisemarken; WENDLANDT, Das Preisrecht der Wettbewerbsgesetze, Berlin 1941, S. 64; v. BURCHARD, GRUR 1956, 163 (164); D. REIMER, GRUR Ausl. 1958, 159 (160); MEISTER, Wettbewerbsrechtliche Beurteilung des Zugabewesens, Aarau 1954, S. 53.

⁹A. A. REIMER-KRIEGER, § 1 ZugVO Rdz. 10.

¹⁰OLG München WuW 1957, 41 (43): Schreibgarnitur; BGH GRUR 1959, 544 (545): Modenschau; D. REIMER, GRUR Ausl. 1958, 159 (160).

halb seit der Zahnarzttagbuch-Entscheidung¹¹ diese Auslegung des Zugabebegriffes immer mehr durchgesetzt, wenngleich dieses Urteil noch heute wegen seiner äußerst extensiven Auslegung bekämpft wird. In dieser Entscheidung wurde erstmalig ausgesprochen, daß eine Zugabe auch im Hinblick auf den Gesamtbezug während eines längeren Zeitraums bejaht werden könne. Im zu entscheidenden Fall waren den Zahnärzten auf Anforderung hin von ihren Zahnbedarfshandlungen zum Jahresende Tagebücher kostenlos übersandt worden. Das RG hat dies als Zugabe zu den im alten Jahr getätigten und den im neuen Jahr zu erwartenden Geschäftsabschlüssen gewertet. Heute ist unbestritten, daß eine Zugabe sowohl vor als auch nach Abschluß des Hauptgeschäftes gegeben werden kann¹². Bei Vorausleistungen ist jedoch der innere Zusammenhang einer besonders strengen Prüfung zu unterziehen, denn die bloße Erwartung eines nachfolgenden Geschäftsabschlusses reicht nicht aus¹³.

4. Wert der Zugabe

Völlig unbeachtlich für den Begriff der Zugabe ist der Wert der Zuwendung. Lediglich für die ausnahmsweise nach § 1 Abs. 2 a ZugVO erlaubten Zugaben spielt der Wert eine Rolle. Dabei war umstritten, ob ein relativer oder absoluter Geringwertigkeitsbegriff anzuwenden ist. Nach der heute herrschenden Meinung ist grundsätzlich der absolute Wert maßgebend¹⁴. Lediglich bei geringem Wert der Hauptleistung selbst ist die Wertrelation zur Zugabe von Bedeutung.

¹¹RGZ 149, 242 ff.

¹²Vgl. z. B. BAUMBACH-HEFERMEHL, § 1 ZugVO Rdz. 13; REIMER-KRIEGER, § 1 ZugVO Rdz. 10; GODIN-HOTH, § 1 ZugVO Anm. 17.

¹³BAUMBACH-HEFERMEHL, aaO; KLAUER-SEYDEL, § 1 Rdz. 18; a. A. REIMER-KRIEGER, § 1 ZugVO Rdz. 10, die sich aber zu Unrecht auf RGZ 149, 242 ff (Zahnarzttagbuch) berufen. Das RG hat zwar den psychologischen Kaufzwang betont (S. 248), die Zuwendung an Ärzte, die noch nicht Kunden waren, jedoch nicht nach der ZugVO, sondern nach § 1 UWG beurteilt (S. 249).

¹⁴GODIN-HOTH, § 1 ZugVO Anm. 45.

5. Zusammenfassung

Zusammenfassend kann eine Zugabe definiert werden als eine unter Erweckung des Anscheins der Nichtberechnung oder der Minderberechnung angebotene, angekündigte oder gewährte Ware oder Leistung, deren Erbringung ein Mehr gegenüber der geschuldeten Leistung darstellt und die mit dem entgeltlichen Hauptgeschäft derart verknüpft ist, daß von dessen Abschluß ihre Gewährung abhängig ist.

§ 2 Der Rabatt

I. Allgemeines

Die Werbung mittels des Gewährens von Rabatten hat durch das Rabattgesetz vom 25. 11. 1933¹ eine besondere Regelung erfahren; nach völlig herrschender Meinung ist dieses Gesetz auch nach Inkrafttreten des Grundgesetzes noch gültig². Da in § 1 Abs. 2 RabattG ausdrücklich aufgezählt wird, was als Preisnachlaß i. S. dieses Gesetzes zu verstehen ist, bietet die Auslegung dieses Begriffes weit weniger Schwierigkeiten als desjenigen der Zugabe.

II. Die einzelnen Merkmale des Rabatts

1. Existenz eines Normalpreises

Voraussetzung jeden Preisnachlasses ist ein angekündigter oder allgemein geforderter Preis; dieser Preis ist der Bezugspunkt für den Nachlaß. Bei tatsächlichem Vorhandensein eines allgemein gültigen Preises genügt es aber auch, wenn bei den Verbrauchern der Eindruck erweckt wird, daß es einen Normalpreis für die betreffende Ware gebe³. Entscheidend ist also nicht, daß tatsächlich zwei verschiedene Preise bestehen, sondern daß der Verbraucher zu der Überzeugung gelangt, der von ihm verlangte Preis sei ermäßigt.

2. Form der Zuwendung

Ein Rabatt ist demnach die Differenz zwischen dem tatsächlich geforderten Preis und dem (eventuell vorge-

¹RGBl. I 1011 ff in der Fassung vom 21. 7. 1954 (BGBl. I 212) und 11. 3. 1957 (BGBl. I 172).

²TETZNER, RabattG, § 1 Anm. 10; MICHEL-WEBER-GRIES, Vorbem. zu § 1 Rdz. 2 ff; BGH WRP 1958, 202 (205): Antibiotica.

³BGHZ 27, 369 (372): Elektrogeräte; BGH GRUR 1961, 367 (369): Schlepper; BAUMBACH-HEFERMEHL, § 1 RabattG Rdz. 16; TETZNER, RabattG, § 1 Anm. 91.

täuschten) Normalpreis. In welcher Form dieser Rabatt dem Käufer zugute kommt, ist unbeachtlich. Das Rabattgesetz selbst regelt die Rabattgewährung durch sofortigen Preisabzug oder durch Hingabe von Gutscheinen (§ 4 RabattG). Aber auch die Gewährung einer größeren als der geschuldeten Menge stellt einen Rabatt dar, wie sich aus § 7 RabattG ergibt. Dieser Warenrabatt kann immer nur in Waren derselben Art wie die geschuldeten bestehen; werden andere Waren ohne Berechnung abgegeben, so handelt es sich meist um eine Zugabe.

3. Sonderpreise

Als Preisnachlaß gilt schließlich auch die Einräumung von Sonderpreisen (§ 1 Abs. 2 RabattG). Ein echter Sonderpreis liegt dann vor, wenn einzelne Kunden oder Kundengruppen unterschiedlich behandelt werden. Das entscheidende Merkmal für die unterschiedliche Preisgestaltung muß also in persönlichen Eigenschaften des Kunden liegen. Wenn die verschiedenen Preise an sachliche Gesichtspunkte geknüpft sind, bei deren Vorliegen aber allgemein gelten, so handelt es sich nicht um Rabatte, sondern um (zulässige) unechte Sonderpreise⁴. Beispiele hierfür sind verschieden hohe Preise in verschiedenen Filialen oder ein relativ geringerer Preis bei Abnahme einer größeren Wareneinheit.

4. Preisvergleich

Keinen Preisnachlaß stellt hingegen die Herabsetzung des Normalpreises dar, auch wenn die Ankündigungen eine Gegenüberstellung des alten und des neuen Preises enthalten; etwas anderes gilt aber dann, wenn eine Preissenkung so vorgenommen wird, daß entsprechende Rabatte

⁴BAUMBACH-HEFERMEHL, § 1 RabattG Rdz. 24.

allgemein an jeden Kunden gewährt werden, denn hier behält der alte Normalpreis, wenn auch nur als Grundlage der Preisberechnung, seine Gültigkeit⁵.

5. Akzessorietät

Gemeinsam haben Rabatte mit den Zugaben die Abhängigkeit von einem entgeltlichen Rechtsgeschäft. Dies ergibt sich zwingend aus dem Wesen des Rabatts; ein Preisnachlaß kann nur dann zum Tragen kommen, wenn für etwas ein Entgelt geschuldet wird; ebenso können verschiedene Preise selbstverständlich nur für entgeltliche Leistungen gefordert werden. Aber auch der Warenrabatt ist nur im Zusammenhang mit einem Hauptgeschäft denkbar; bei einer selbständigen Warenabgabe fehlt das für ihn charakteristische Merkmal, daß mehr geliefert wird als geschuldet ist; wenn keine Verpflichtung besteht, kann es auch keine übermäßige Erfüllung geben⁶.

6. Waren des täglichen Bedarfs an den letzten Verbraucher

Eine wesentliche Einschränkung des Anwendungsbereichs im Verhältnis zur ZugVO bringt das RabattG dadurch, daß es nicht wie dieses im gesamten Wirtschaftsleben, sondern nur für den Einzelverkauf von Waren (bzw. Leistungen) des täglichen Bedarfs an den letzten Verbraucher gilt. "Letzter Verbraucher" ist dabei gleichbedeutend mit Konsument, erfaßt wird von diesem Verbot also nur die letzte Wirtschaftsstufe⁷. Als Waren bzw. Leistungen des täglichen

⁵OLG Karlsruhe BB 1954, 822.

⁶H. M., vgl. BAUMBACH-HEFERMEHL, § 1 RabattG Rdz. 6; REIMER-KRIEGER, § 1 RabattG Rdz. 4 (S. 127); a. A. jedoch MICHEL-WEBER-GRIES, § 1 Rdz. 14, die auch Umsonstlieferungen als Rabatte ansprechen und somit auf das Merkmal der Akzessorietät verzichten.

⁷MICHEL-WEBER-GRIES, § 1 Rdz. 41; TETZNER, RabattG, § 1 Anm. 54.

Bedarfs sind solche anzusehen, für die zumindest in einzelnen Bevölkerungskreisen täglich oder auch saisonbedingt ein Bedürfnis auftreten kann⁸. Ausgenommen sind demnach ausgesprochene Luxusartikel.

⁸GODIN-HOTH, § 1 RabattG Anm. 8 ff; BAUMBACH-HEFERMEHL, § 1 RabattG Rdz. 3; TETZNER, RabattG § 1 Rdz. 32 ff.

§ 3 Werbegabe

I. Der Begriff in Rechtsprechung und Literatur

Der Begriff der Werbegabe ist von allen hier zu untersuchenden derjenige, der am wenigsten klare Konturen aufweist. Zwar hat NERRETER schon im Jahre 1939 ausgeführt, daß dieser Begriff in Rechtsprechung und Schrifttum eindeutig geklärt sei¹. Diese Klärung besteht aber nicht in der Herausarbeitung positiver Merkmale, sondern in der Abgrenzung gegenüber der Zugabe. Zeitweise ist im Anschluß an die Zahnarzttagbuch-Entscheidung des RG² geäußert worden, daß ein wesensmäßiger Unterschied zwischen Zugabe und Werbegabe überhaupt bestehe; diese Meinung wird im Grundsatz noch heute von REIMER-KRIEGER³ vertreten.

In späteren Entscheidungen hat das RG die beiden Erscheinungen nicht gleichbehandelt, sondern die bei Zugaben erforderliche Akzessorietät immer schärfer herausgearbeitet⁴. Auch in der neueren Rechtsprechung⁵ und in der Literatur⁶ wird die Verschiedenheit anerkannt.

¹GRUR 1939, 98 (100).

²RGZ 149, 242 (247); aus dem Persil-Urteil (GRUR 1938, 207 ff) läßt sich hingegen diese Ansicht - entgegen BAUMBACH-HEFERMEHL, § 1 ZugVO Rdz. 35 und BURMANN II 320 S. 1 - nicht mehr entnehmen. Dort wird lediglich die Ansicht verneint, daß eine Werbegabe schon begrifflich niemals eine Zugabe sein könne, ohne daß die Gleichsetzung allgemein bejaht wird.

³§ 1 ZugVO Rdz. 10.

⁴RGZ 154, 28 (35): Freiges; RG GRUR 1938, 849 (851): Eiformbriketts; RG GRUR 1944, 88 (89): Tablettenbehälter; ebenso OLG Hamm GRUR 1937, 245 (246): Melitta; OLG Stettin JW 1938, 386 (387): Elektroherd.

⁵Vgl. BGHZ 11, 286 (289): Kundenzeitschrift; BGH GRUR 1959, 544 (545): Modenschau; OLG München WuW 1957, 41 (43): Schreibgarnitur.

⁶BAUMBACH-HEFERMEHL, § 1 UWG Anm. 93; GODIN-HOTH, § 1 ZugVO Anm. 19; v. BURCHARD, GRUR 1956, 163 (164); SPENGLER, I 1953, 95 (97); KLAUER-SEYDEL, aaO, S. 16; BURMANN II 320 S. 1: Dabei ist allerdings die Terminologie nicht ein-

II. Eigene Ansicht

Eine Werbegabe ist ein Geschenk, das im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs gegeben wird⁷; ihr Hauptmerkmal liegt im Verhältnis zur Zugabe darin, daß sie nicht akzessorisch ist⁸.

Weitere Anforderungen können an den Begriff der Werbegabe nicht gestellt werden; eine positive Bestimmung ihres Wesens ist also tatsächlich nicht möglich, ihre Eigenart besteht darin, daß alle anderen Erscheinungen der Wertreklame ein Mehr an Wesensmerkmalen aufweisen. Insbesondere ist es für den Begriff der Werbegabe auch ohne Bedeutung, ob eigene Waren oder Leistungen, das heißt solche, die der Werbetreibende im Wege entgeltlicher Umsatzgeschäfte absetzt, oder fremde verschenkt werden; soweit dieser Unterscheidung überhaupt Bedeutung beizumessen ist⁹, kann sie nur Einfluß auf die Frage der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit haben.

heitlich; so versteht BURMANN (II 340 S. 1) unter "Werbegaben" Werbe- und Verkaufshilfen, die den Einzelhändlern unentgeltlich gewährt werden und bezeichnet die hier behandelte Erscheinung als "Werbegeschenk" (II 320 S. 1); ebenso GODIN-HOTH, § 1 ZugVO Anm. 19.

⁷OLG München WuW 1957, 41 (42): Schreibgarnitur.

⁸Allgemeine Meinung, vgl. die Zitate in den Anmerkungen 4 - 6.

⁹So z. B. RGZ 160, 385 (388): Lockenwickler; NERRETER, GRUR 1939, 98 (101); SPENGLER, MA 1955, 87 (89).

§ 4 Der Begriff der "Warenprobe"

I. Die Verwendung des Begriffes in Rechtsprechung und Literatur

1. In der Rechtsprechung wurde der Begriff "Warenprobe" - soweit ersichtlich - erstmals einige Jahre nach Er-
laß der ZugVO und des RabattG verwendet¹. In Anbetracht
der Großzügigkeit der Gerichte bei der Beurteilung von
Warenschenkungen vor Erlass dieser Bestimmungen² ist es
selbstverständlich, daß den Warenproben keinerlei recht-
liche Bedeutung zukam.

2. Bei der Begriffsbestimmung ging das RG ursprünglich
von der Unterscheidung zwischen Warenprobe und der
"Ware selbst" aus³; diese Unterscheidung hat es zwar nie-
mals aufgegeben, jedoch schon bald modifiziert. Anlaß
dazu bot das Persil-Urteil⁴. Dort hat das RG ausgeführt:
"Unter einer Warenprobe versteht der Sprachgebrauch die
in der Regel kleine Menge oder Stückzahl einer Ware, die
geeignet ist, eine Untersuchung der Ware auf ihre Eigen-
schaften zu ermöglichen. Der Begriff, den Verkehr und
Handel damit verbinden, ist offensichtlich der gleiche,
wie der, der sich auch aus § 494 BGB und § 418 HGB er-
gibt. Daß die Probe verschiedenartig nach Art und Größe

¹Vgl. LG Berlin AWR 1936, 58; KG AWR 1936, 156 (158); RG
GRUR 1936, 810 (813): Diamantine; in diesen Urteilen
wird der Begriff aber auch nur beiläufig erwähnt, ohne
daß sich daraus rechtliche Konsequenzen ergeben.

²Vgl. RG JW 1928, 2364 ff: Brehms Tierleben; RG JW 1930,
1687 ff: Schiller-Gedächtnis-Ausgabe.

³RG GRUR 1936, 810 (813): Diamantine.

⁴GRUR 1938, 207 (210).

sein kann, ergibt sich aus der Verschiedenheit der Waren. Wo im Geschäftsverkehr besondere Probepackungen üblich sind, wird die Probe durch diese Übung gegen die Ware selbst hinreichend abgegrenzt. Werden Probepackungen in großer Zahl oder wird die handelsübliche Warenpackung oder Wareneinheit "als Probe" unentgeltlich gegeben, so wird der erste Anschein für eine unzulässige Werbeschenkung sprechen. Es wird dann einer besonderen Prüfung bedürfen, ob im gegebenen Falle noch die Möglichkeit besteht, eine zulässige Probe anzunehmen deshalb, weil nach den Umständen eine kleinere Warenmenge zum Probieren nicht ausreichen würde."

Diese Begriffsbestimmung hat das RG in der Folge beibehalten und besonders den Einfluß der Art und Beschaffenheit der Ware auf die zulässige Probegewährung betont⁵.

3. Die neuere Rechtsprechung hat sich im wesentlichen dem

RG angeschlossen, mißt jedoch der Unterscheidung zwischen Warenprobe und der Ware selbst keine so große Bedeutung mehr bei, sondern legt mehr Wert auf das Vorliegen des Probezweckes⁶. In zunehmendem Maße wird der Begriff auch als feststehend angesehen und sein Inhalt nicht mehr näher erläutert⁷. Neuerdings versteht der BGH unter "Warenproben" nur noch besonders hergestellte Probepackungen, wie sie in einzelnen Wirtschaftszweigen (z. B. bei Waschmitteln) üblich sind⁸; daneben werden aber noch weitere zulässige

⁵RG GRUR 1939, 862 (864): Lockenwickler; RG GRUR 1939, 314 (316): Melitta-Filter.

⁶BGH NJW 1963, 107: Kukident; BGHZ 23, 365 (368): Suwa.

⁷BGH GRUR 1957, 363 ff: Sunil; OLG Hamburg WRP 1956, 247 ff; OLG Hamburg WRP 1963, 164 ff.

⁸WRP 1965, 223 (224): Kleenex.

Warenabgaben zu Probezwecken anerkannt, so daß der Begriff keinen eigenen rechtlichen Gehalt mehr hat.

4. Auch in der Literatur werden nur kleinere Modifizierungen vorgenommen. Der Begriffsbestimmung im Persil-Urteil schließen sich GODIN-HOTH⁹ und REIMER-KRIEGER¹⁰ voll an. BURMANN¹¹ bezeichnet als Warenprobe eine unentgeltlich abgegebene, in der Regel kleine Menge oder Stückzahl einer Ware, die geeignet und dazu bestimmt ist, dem Empfänger eine Untersuchung der Ware auf ihre Eigenschaften zu ermöglichen, betont also - wie auch ELSTER¹² - den Probezweck. HEFERMEHL¹³ sieht den Probezweck für allein ausschlaggebend an.

II. Kritik

1. Die Verweisungen auf die Verwendung des Begriffes Probe in § 494 BGB und in § 418 HGB bringen keine Klärung.

a) Die Gleichstellung der Warenprobe mit der Probe i. S. des § 494 BGB ist verfehlt. Diese Probe dient der Festlegung der Qualität einer Ware, über die ein Kaufvertrag geschlossen werden soll; die Maßgeblichkeit der Probe für die Eigenschaften des Vertragsobjektes ist ihr einziges Kennzeichen. Keinerlei Bedeutung haben die Menge, die als Probe dem Geschäftsabschluß zugrunde gelegt wird, und die Umstände, unter

⁹§ 1 ZugVO Anm. 12.

¹⁰§ 1 ZugVO Rdz. 11.

¹¹II 365 S. 1.

¹²AWR 1939, 161 ff.

¹³BAUMBACH-HEFERMEHL, § 1 UWG Rdz. 116.

denen der Besteller die Probe erlangt hat. Eine Probe i. S. von § 494 BGB liegt also auch dann vor, wenn bereits ein größerer Posten der Ware entgeltlich erworben wurde und nunmehr eine Nachbestellung "wie gehabt" erfolgt¹⁴. Auch kann die Probe bereits ein Teil der Hauptleistung sein, der zur Orientierung des Vertragspartners oder zur Ausmusterung vorgezogen wurde, aber nach dem Willen der Vertragsteile die zu liefernde Qualität verbindlich festlegen und auf die Hauptleistung angerechnet werden soll¹⁵.

Dieser Begriff der Probe ist für die hier zu untersuchende wettbewerbsrechtliche Erscheinung der "Warenprobe" viel zu weit.

b) Wesentlich mehr entspricht hingegen der Begriff der Probe in § 418 HGB. Hier wird dem Einlagerer das Recht zur Entnahme von Proben eingeräumt. Diese Probenentnahme dient dem Zweck, sich davon zu überzeugen, daß die Qualität bei der Lagerung nicht leidet. Die dafür benötigte Menge wird häufig der zur Erprobung erforderlichen entsprechen. Eine Klärung des Begriffs "Warenprobe" kann dieser Hinweis jedoch auch nicht bringen, da - soweit ersichtlich - weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur eine nähere Bestimmung dieses Probenbegriffs erfolgt ist.

2. Daß die Unterscheidung zwischen Warenproben und der

Ware selbst nicht dem Wesen dieser Erscheinung gerecht wird, wurde schon bald erkannt¹⁶. Eine derartige

¹⁴SOERGEL-BALLERSTEDT, Kommentar zum BGB, 9. Aufl., Stuttgart 1959, § 494 Anm. 3.

¹⁵STAUDINGER-OSTLER, Kommentar zum BGB, 11. Aufl., Berlin 1955, § 494 Rdz. 16.

¹⁶Das ist daraus ersichtlich, daß auch das Verschenken der Originalware als zulässige Warenprobe anerkannt wurde, wenn nur so eine sinnvolle Erprobung möglich

Begriffsbestimmung muß einerseits daran scheitern, daß bei vielen Waren eine Erprobung nur mit der Originalware möglich ist; zum anderen kann diese Unterscheidung höchstens im Verhältnis der Warenprobe zur Werbegabe, nicht aber zu Zugabe und Rabatt bedeutsam sein.

3. Die in der Literatur und in der neueren Rechtsprechung herausgearbeiteten Kriterien sind zwar bedeutsam, jedoch wird allgemein nur auf einzelne Momente abgestellt, eine umfassende Darstellung aller Punkte, die für die Annahme einer Warenprobe von Bedeutung sind, ist nicht erfolgt.

III. Die Voraussetzungen einer Warenprobe

Im Folgenden sollen die Gesichtspunkte, die für das Vorliegen einer Warenprobe entscheidend sind, nur kurz aufgezeigt werden. Da die rechtliche Beurteilung davon abhängt, inwieweit die einzelnen Kriterien erfüllt sind, werden Einzelheiten erst in den folgenden Kapiteln behandelt.

1. Schenkung

Nach der völlig h. M. kann von einer Warenprobe nur dann gesprochen werden, wenn eine unentgeltliche Zuwendung erfolgt. Dieses Moment wird anscheinend als so selbstverständlich angesehen, daß nicht näher darauf ein-

war; in der Tatsache, daß die Originalware abgegeben wird, wurde ein Anscheinsbeweis gegen das Vorliegen einer Warenprobe gesehen. Vgl. RG GRUR 1938, 207 ff; Persil; RG GRUR 1938, 849 ff; Eiformbriketts; RG GRUR 1939, 862 ff; Lockenwickler, OLG Hamm GRUR 1937, 245 ff; KG GRUR 1939, 314 ff; Melitta; KLEIN, AWR 1937, 153; NAUE-RÖTTGER, Werbung! Zulässig oder verboten? Berlin 1937, S. 53; ELSTER, AWR 1939, 161 (162), stellt den Probezweck als maßgebend heraus.

gegangen wird¹⁷. Anlaß zum näheren Eingehen auf diese Frage bot nur der Kaffeeversand-Fall; hier wurde an Neukunden 1 Pfund Kaffee "zur Probe" unter Erlaß der üblicherweise berechneten Kosten für Porto und Klar-sichtdose angeboten. Das OLG Hamburg hat herausgestellt, daß zum Wesen der Warenprobe die Unentgeltlichkeit der Abgabe gehört¹⁸.

Aus diesem Gesichtspunkt heraus kann die häufig als "Probesendung" deklarierte Zusendung nicht bestellter Waren, bei der der Empfänger aufgefordert wird, entweder den Kaufpreis zu überweisen oder die Ware zurückzusenden, aus der Untersuchung ausgeschlossen werden. Es handelt sich hier um ein Angebot zum Abschluß eines Kaufvertrages, mit Warenproben hat diese Werbeart nichts zu tun.

2. Waren, die der Werbetreibende entgeltlich vertreibt

Aus dem Wesen der Warenprobe ergibt sich, daß es sich bei ihr nur um Waren handeln kann, die der Werbende auch entgeltlich vertreibt. Sie ist ein Mittel der Wertreklame, dessen Besonderheit darin besteht, daß dem Umworbenen ohne eigenes Kostenrisiko die Möglichkeit gegeben wird, sich selbst von der Qualität der Ware ein Bild zu machen, um sich dann über einen eventuellen Kauf auf Grund seiner eigenen Erfahrungen zu entschließen. Eine Warenprobe soll also niemals für eine andere Ware werben, sondern immer nur für diejenige, deren Gattung

¹⁷Vgl. z. B. RG GRUR 1938, 207 (210): Persil; BURMANN, II 365 S. 1; REIMER-KRIEGER, § 1 ZugVO Rdz. 11; BAUMBACH-HEFERMEHL, § 1 UWG Rdz. 106; so ist es auch folgerichtig, daß der BGH im OMO-Urteil (WRP 1965, 257 ff) immer nur von "Einführungspaketen", nicht aber von Warenproben spricht.

¹⁸WRP 1958, 27 ff.

sie entstammt. Deshalb können als Warenproben nur solche Waren zur Verteilung gelangen, die der Werbetreibende im Wege entgeltlicher Umsatzgeschäfte vertreibt.

3. Probemenge

Das dritte Erfordernis, daß die als Warenprobe abgegebene Menge nicht größer sein darf, als zur sinnvollen Erprobung erforderlich, wird allgemein herausgestellt¹⁹. Die Beantwortung der Frage, welche Menge noch als zulässige Probemenge anerkannt werden kann, ist nur jeweils im Einzelfall unter Beachtung aller Umstände, insbesondere der Art der Ware und dem spezifischen Verwendungszweck des Empfängers, möglich.

4. Probezweck

Eine Warenprobe kann nur dann bejaht werden, wenn die Hingabe zu dem Zweck erfolgt, die dieser eigenen Werbewirkung zur Entfaltung zu bringen; d. h. die Abgabe der Probe muß mit der unmittelbaren Zweckbestimmung erfolgen, dem Empfänger die Erprobung zu ermöglichen. Der Probezweck muß nach außen hin deutlich in Erscheinung treten. Wenn nach den äußeren Umständen die Werbewirkung in erster Linie einer anderen Ware zugute kommt, liegt keine Warenprobe vor. Dieses Moment wird, wie bereits erwähnt²⁰, in der Literatur teilweise sehr stark betont²¹.

¹⁹RGZ 160, 385 (389): Lockenwickler; BGHZ 23, 365 (368): Suwa; BGH NJW 1963, 107: Kukident; OLG Hamburg WRP 1963, 164 (165); OLG Hamm BB 1965, 1242; TETZNER, UWG, § 1 Anm. 149; BAUMBACH-HEFERMEHL, § 1 UWG Rdz. 107; GODIN-HOTH, § 1 ZugVO Anm. 12; REIMER-KRIEGER, § 1 ZugVO Rdz. 11.

²⁰Oben I 4.

²¹Vor allem ELSTER, AWR 1939, 161 f; BAUMBACH-HEFERMEHL, § 1 UWG Rdz. 108.

Das Vorliegen eines echten Probezwecks führt zu einem wesentlichen Unterschied der Werbewirkung. Bei Zugaben, Rabatten und werbegaben tritt werbewirksam nur der eigentliche Wert der Zuwendung in Erscheinung, es wird also die allen Menschen eigene Habsucht angesprochen²², bei Warenproben hingegen liegt die Werbewirksamkeit in den Eigenheiten der betreffenden Ware, in ihrer spezifischen Verwendbarkeit²³.

Ein entsprechender Wille des Empfängers, sich mittels der Warenprobe mit der Ware bekannt zu machen (was voraussetzt, daß er die zweckentsprechende Verwendung der Ware beabsichtigt und daß er die Ware noch nicht kennt, denn eine echte Erprobung von bekannten Waren wird nur in Ausnahmesituationen möglich sein), kann hingegen nicht gefordert werden, zumal eine Überprüfung dieses Probedesires für denwerbenden praktisch unmöglich ist.

5. Selbständigkeit

Eine wesentliche Eigenart der Warenprobe ist ihre Selbständigkeit, also das Fehlen einer Akzessorietät im oben²⁴ erörterten Sinn. Die Gewährung einer Warenprobe ist nicht abhängig von der Eingehung irgendeiner Verbindlichkeit durch den Empfänger. Das ergibt sich daraus, daß die Warenprobe ein Werbemittel ist, das ausschließlich auf künftige Kaufabschlüsse über gerade die betreffende Ware abzielt; ein bereits abgeschlossener Kauf als Ansatzpunkt für die Gewährung ist ihr also wesensfremd.

²²Karl MARBE, Psychologie der Wertreklame, Stuttgart 1930, S. 14.

²³BURMANN, II 365 S. 1; GODIN-HOTH, § 1 ZugVO Anm. 12.

²⁴§ 1 II 3.

6. Zusammenfassung

Eine Warenprobe kann demnach zusammenfassend definiert werden als die unabhängig von einem entgeltlichen Geschäft und mit dem Ziel der Herbeiführung einer Erprobung durch den Umworbenen erfolgende schenkweise Hingabe derjenigen Menge einer vom Werbetreibenden im Wege entgeltlicher Umsatzgeschäfte vertriebenen Ware, die zur Erprobung der Ware auf ihre Eigenschaften erforderlich ist.

IV. Proben bei Gebrauchsgütern und Leistungsproben

1. Gebrauchsgüter

Die bisherigen Ausführungen sind ausschließlich auf verbrauchbare Waren²⁵ zugeschnitten; praktisch wird die Probengewährung auch fast nur bei diesen bedeutsam. Auf Gebrauchsgüter kann der herausgearbeitete strenge Begriff der "Warenprobe" keine Anwendung finden. Der Grund dafür liegt im wesensmäßigen Unterschied dieser Warenarten. Die bestimmungsgemäße Verwendung von Verbrauchsgütern liegt eben gerade im Verbrauch, d. h. der Vernichtung der Ware, weshalb die Probengewährung notwendigerweise die endgültige Zuwendung an den Umworbenen erfordert. Gebrauchsgüter hingegen gehen bei der Erprobung nicht unter, eine endgültige Zuwendung ist nicht erforderlich, der Probezweck kann vielmehr auch durch Leihe oder Probevorführung erreicht werden. Die damit gewährten Vorteile

²⁵Die Begriffe "Gebrauchsgüter" und "Verbrauchsgüter" sind hier weder im Sinne der Wirtschaftslehre als Synonym zu dem Begriffspaar Investitions- und Konsumgüter noch im strengen juristisch-technischen Sinn (§ 92 BGB) zu verstehen; es ist vielmehr der reine Wortsinn angesprochen.

können aber der Schenkung einer kleinen Warenmenge nicht gleichgestellt werden. Wollte man den Begriff der "Warenprobe" darauf ausdehnen, so wäre eine Abgrenzung zu wettbewerbsrechtlich völlig unbeachtlichen Handlungen nicht mehr möglich, man müßte dann auch die kurze Inbetriebnahme eines Rundfunkgerätes im Geschäft oder das Platznehmen eines Interessenten in einem Sessel als Probegewährung ansprechen.

Entgegen der Ansicht von ELSTER²⁶ sind also echte Warenproben bei Gebrauchsgütern nicht möglich; die Probegewährung bei ihnen ist nicht nur graduell verschieden, sondern wesensmäßig etwas anderes. Soweit dabei die Vorteilsgewährung größere Ausmaße annimmt, soll die rechtliche Beurteilung unten kurz untersucht werden²⁷.

2. Leistungsproben

Auf Leistungsproben ist der entwickelte Begriff hingegen durchaus entsprechend anwendbar, denn Leistungen stimmen in den hier ausschlaggebenden Punkten mit Verbrauchsgütern überein. Die echte Erprobung einer Leistung durch den Umworbenen ist nur dann möglich, wenn sie ihm endgültig zugewandt wird. Eine Leistung, die einmal erbracht ist, kann grundsätzlich nicht mehr zurückgenommen werden. Deshalb scheiden die bei Gebrauchsgütern möglichen Formen der "Probegewährung" bei Leistungen aus²⁸.

²⁶AWR 1939, 161 (162).

²⁷Kap. 3 § 14 I.

²⁸Zur rechtlichen Beurteilung vgl. unten Kap. 3 § 14 II.

§ 5 Abgrenzungen

I. Die Abgrenzung zur Zugabe

1. Geht man von der obigen Definition der Warenprobe aus, so ist ihre Unterscheidung zur Zugabe gesichert. Die teilweise vertretene Auffassung, eine Warenprobe könne auch Zugabe sein¹, ist also nicht haltbar; es ist vielmehr mit v. BURCHARD² anzunehmen, daß ein wesensmäßiger Unterschied besteht. Allerdings ist richtig, daß Gaben, die grundsätzlich als Warenproben geeignet wären, durch besondere Umstände zur Zugabe werden können³. Die Unterschiede zwischen beiden Erscheinungen sollen nun anhand der fünf Merkmale einer Warenprobe aufgezeigt werden.

2. Die Unentgeltlichkeit der Zuwendung ist als Unterscheidungsmerkmal nicht geeignet⁴, da auch Zugaben - äußerlich - Schenkungen sind. Die Tatsache, daß die Kosten für Zugaben fast immer in den Preis der Hauptware ein kalkuliert und somit vom Käufer zu tragen sind, ist nur bei Kenntnis der Kalkulationsgrundlagen feststellbar und deshalb einer objektiven Nachprüfung entzogen.

3. In dem Umstand, daß als Warenprobe nur die Ware, für die sie werbend in Erscheinung tritt, selbst in Betracht kommt, sieht BURMANN⁵ einen generellen Unterschied

¹MEYER, GRUR 1951, 149; ELSTER, Wettbewerbsrecht, S. 295; ders., AWR 1939, 161.

²GRUR 1956, 163 (164); ähnlich BURMANN II 365 S. 1.

³Das wird im 3. Kapitel § 1 näher ausgeführt werden.

⁴A. A. BURMANN II 365 S. 1.

⁵II 365 S. 1.

zur Zugabe, die gerade eine Ware anderer Art als die des Hauptgeschäftes sei. Dem kann nicht voll beigetreten werden; so muß man etwa den Brauch, in Metzgereien Kindern beim Einkauf ein Stückchen Wurst zu geben, rechtlich als Zugabengewährung werten, auch wenn die Wurst von der gleichen Art wie die gekaufte ist. Diese Unterscheidung paßt auch deshalb nicht, weil der von BURMANN gewählte Bezugspunkt eines Hauptgeschäfts bei Warenproben eben nicht existiert.

Dieses Moment ist also nur insoweit für die Abgrenzung von Bedeutung, als die Abgabe einer anderen als der vomwerbenden entgeltlich vertriebenen Ware niemals eine Warenprobe sein kann, sondern nur eine Zugabe oder Werbegabe.

4. Einen ähnlich begrenzten Wert für die Unterscheidung hat die Beschränkung der Warenprobe durch die Probenmenge. Auch Zugaben werden sich häufig in diesem Rahmen halten; wenn jedoch eine größere Menge abgegeben wird, so steht fest, daß es sich nicht um eine Warenprobe handelt.

5. Entscheidende Bedeutung ist hingegen dem mit der Zuwendung verfolgten Zweck beizumessen. Eine Warenprobe ist durch den bereits erwähnten Probezweck gekennzeichnet. Mit einer Zugabe wird beabsichtigt, beim Käufer das Gefühl zu erwecken, vom Verkäufer als Anerkennung für den getätigten Kauf ein Geschenk erhalten und somit besonders günstig eingekauft zu haben, andererseits durch dieses Entgegenkommen in ihm den Wunsch wachzurufen, auch seinerseits entgegenzukommen, also den künftigen Bedarf in dem betreffenden Geschäft zu decken⁶. Der verfolgte Zweck ist

⁶MARBE, Psychologie der Wertreklame, S. 15.

also ein Kriterium, das immer eine Unterscheidung zwischen Warenproben und Zugaben ermöglicht, und wird als solches auch in der Literatur anerkannt⁷. Allerdings ist in der Praxis die Widerlegung eines behaupteten Probezwecks selbst unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Einzelfalles häufig nur sehr schwer möglich.

6. Ein weiteres Unterscheidungsmerkmal ist das Fehlen der Akzessorietät bei der Warenprobe. Während die Zugabe immer in einem inneren Zusammenhang mit einem entgeltlichen Geschäft steht, ist die Warenprobe völlig selbständig, ihr wohnt also ein echter Schenkungscharakter inne. In Anbetracht der erwähnten Beweisschwierigkeiten beim Probezweck wird in der Praxis meist dieses Kriterium den Ausschlag geben.

II. Die Abgrenzung zum Rabatt

1. Preisnachlässe

Die Rabattgewährung durch einen Preisnachlaß ist schon deshalb von einer Warenprobe im oben entwickelten Sinn klar abgegrenzt, weil keine schenkweise Abgabe einer Ware oder Leistung gegeben ist. Daß eine Schenkung nicht als Rabatt, bei dem ein Preisabschlag in voller Höhe erfolgt, verstanden werden kann, wird unten ausgeführt⁸. Ein Berührungspunkt der Rabatte mit Warenproben ist jedoch durch die Frage gegeben, ob der Probezweck einen über den Rahmen des RabattG hinausgehenden Preisabschlag oder die Einräumung eines Sonderpreises i. S. des § 1 Abs. 2 RabattG rechtfertigt. Da aber auch in

⁷BAUMBACH-HEFERMEHL, § 1 UWG Rdz. 108; ELSTER, AWR 1939, 161 f.

⁸2. Kapitel § 8 I.

diesen Fällen ein entgeltliches Geschäft vorliegt, treten keine Abgrenzungsschwierigkeiten auf.

2. Hingabe einer bestimmten Menge

Neben dem Preisnachlaß ist in § 7 Abs. 2 RabattG als zweite Art der Rabattgewährung die Hingabe einer bestimmten oder auf bestimmte Art zu berechnenden Menge der verkauften Ware zugelassen. In dieser Form haben Rabatte mit Warenproben mehr gemeinsam. Hier wird eine gewisse Menge einer Ware oder Leistung äußerlich unentgeltlich abgegeben. Es handelt sich in jedem Fall um eine Ware, die der Werbende normalerweise entgeltlich vertreibt und auch die Beschränkung auf die Probemenge kann gewahrt sein. Jedoch ist ein echter Probezweck fast immer ausgeschlossen, wenn bei einem Kauf gleichzeitig eine "Probe" derselben Ware abgegeben wird, da durch die gekaufte Ware bereits eine ausreichende Erprobung sichergestellt ist. Eine Ausnahme bildet nur der Fall, daß der Kauf erkennbar für einen anderen erfolgt, eine echte Erprobung durch den Käufer ist dann noch möglich. Außerdem ist eine Unterscheidung zwischen Warenproben und Rabatten auch dadurch gewährleistet, daß bei Rabatten die Akzessorietät begriffsnotwendig und auch offensichtlich ist. Sie ist nur in dem erwähnten Fall, in dem ein echter Probezweck noch denkbar ist, nicht gegeben, die Bindung ist hier eine zufällige und rein äußerliche.

III. Die Abgrenzung zur Werbegabe

Für die Unterscheidung zwischen Warenprobe und Werbegabe gewinnt der Probezweck besondere Bedeutung. Wie oben⁹ ausgeführt, ist der Begriff der Werbegabe ohne klare Konturen, er setzt voraus, daß ein unabhängiges Geschenk zu Werbezwecken gemacht wird. Es sind deshalb Werbegaben denkbar, bei denen alle für die Warenprobe wesentlichen Merkmale, mit Ausnahme des Probezwecks, vorliegen. Tatsächlich

⁹§ 3.

werden im Einzelfall allerdings fast immer viel größere Unterschiede bestehen, eine begriffliche Unterscheidung ist aber nur anhand dieses Merkmals möglich.

§ 6 Die Beurteilung von Warenproben im Ausland

Im ausländischen Recht haben Warenproben keinerlei Bedeutung erlangt; lediglich Österreich bildet hierbei eine Ausnahme. Der Grund dafür liegt darin, daß im Ausland die Wertreklame und somit auch Warenschenkungen wesentlich geringeren Beschränkungen unterworfen sind.

In der Schweiz ist die Werbung mit Zugaben, Werbegaben, Warenproben usw. zulässig. Nicht nur Warenproben, sondern auch die eigentlichen Warenschenkungen sind gestattet¹. Nach der Ansicht v. BÜRENS² werden sich Exzesse von selbst korrigieren.

In den Niederlanden besteht ein allgemeines Verbot von Schenkungen nur für branchenfremde Waren und Leistungen. Da Warenproben immer nur für vom Werbenden entgeltlich vertriebene Warenproben gegeben werden können, werden sie von diesem Verbot nicht berührt. Weitergehende Einschränkungen können allerdings von öffentlich-rechtlichen Betriebsorganisationen erlassen werden³.

Für das französische Recht kann die grundsätzliche Zulässigkeit von Warenschenkungen aus Art. 544 Code Civil in Verbindung mit dem Grundsatz der Gewerbefreiheit abgeleitet werden. Von den in Einzelgesetzen enthaltenen Einschränkungen dieses Grundsatzes kann für Warenproben höchstens Art. 2 des Gesetzes über das Verbot von Prämienvverkäufen vom 20. 3. 1951 eine Rolle spielen, aus dem ein Verbot der Abgabe von Warenproben im Zusammenhang mit entgeltlichen Geschäften abgeleitet werden könnte.

¹v. BÜREN, GRUR Ausl. 1958, 172 f.

²Kommentar zum Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb, Zürich 1956, § 1 Abs. 1 Rdz. 4.

³Vgl. CROON und van der VEEN, GRUR Ausl. 1958, 173 ff.

Nach Art. 3 des Gesetzes dürfen geringwertige Gegenstände, die zu Werbezwecken hergestellt worden sind, abgegeben werden. Eine Stellungnahme zu der Frage, ob darüber hinaus die Abgabe von Warenproben in Verbindung mit einem Kauf zulässig ist, ist nicht ersichtlich⁴.

In Italien unterliegen Gratislieferungen, abgesehen von öffentlich-rechtlichen und steuerrechtlichen Normen, der Generalklausel des Art. 2598 Z. 3 des Zivilgesetzbuches, die auf einen Verstoß gegen die Berufsehre (*correttezza professionale*) abstellt. Aus der Tatsache, daß in der italienischen Literatur nicht näher auf die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit von Warenschenkungen eingegangen wird, kann geschlossen werden, daß diese allgemein als mit der *correttezza professionale* vereinbar angesehen werden⁵.

In England ist die kostenlose Abgabe von Waren erlaubt, sie verstößt weder gegen Gesetze, noch gegen das Common Law⁶. In den USA werden Gratisabgaben ebenfalls grundsätzlich als zulässig angesehen. Eine Ausnahme gilt in einzelnen Staaten für Zugaben; auch für die Abgabe von Proben bedeutsam sind die in etwa 20 Staaten bestehenden Fair-Trade-Laws. Danach ist es untersagt, im Zusammenhang mit dem Kauf von preisgebundenen Waren irgendwelche Vorteile zu gewähren. Dieses Verbot umfaßt auch die Abgabe von Proben⁷. In einzelnen Staaten ist das Verschenken von Waren zu Werbezwecken verboten, soweit es zum Ziel oder zur Folge hat, einen Wettbewerber

⁴Vgl. SAINT-GAL und LASSIER, GRUR Ausl. 1958, 176 ff; ENGEL, Eine rechtsvergleichende Darstellung des deutschen und französischen Zugaberechts, Hamburger Dissertation 1966, S. 32.

⁵Vgl. SORDELLI, GRUR Ausl. 1958, 179 ff.

⁶Vgl. HONIG, GRUR Ausl. 1958, 185 f.

⁷Vgl. DERENBERG, GRUR Ausl. 1958, 183 f.

zu schädigen oder den Wettbewerb nachhaltig zu beeinflussen⁸.

Den deutschen Verhältnissen am ähnlichsten ist die Rechtslage in Österreich. Eine gesetzliche Regelung der Abgabe von Warenproben ist nur insoweit erfolgt, als sie durch § 3 Abs. 1 a Zugabengesetz ausdrücklich vom Verbot der Zugabengewährung ausgenommen wurden. In der Rechtsprechung besteht die Tendenz, Warenproben nach der Generalklausel des § 1 österreichisches UWG zu beurteilen; allgemeine Grundsätze auf Grund einer gefestigten Rechtsprechung sind aber noch nicht ersichtlich⁹. SCHÖNHERR¹⁰ vertritt die Meinung, daß Warenproben jedenfalls einen Verstoß gegen § 1 UWG darstellen können. Zu Zugaben werden Warenproben dann, wenn ihre regelmäßige Abgabe im Zusammenhang mit einer anderen Ware über längere Zeit hinweg erfolgt¹¹.

⁸GRUR-Kartei Nr. 1386/61 - USA.

⁹Vgl. dazu das bereits erwähnte Urteil des OGH in Österreichische Blätter für gewerblichen Rechtsschutz 1956, 54 ff, aus dem sich ergibt, daß die österreichische Rechtsprechung großzügiger als die deutsche ist.

¹⁰GRUR Ausl. 1958, 169 ff.

¹¹OGH Österreichische Blätter für gewerblichen Rechtsschutz 1954, 45 ff.

2. Kapitel

Die Beurteilung der Warenprobe nach der Zugabeverordnung und dem Rabattgesetz

In keinem der deutschen Wettbewerbsgesetze sind Warenproben auch nur erwähnt, geschweige denn ausdrücklich geregelt. Daß sie eine gewisse Sonderstellung einnehmen, ist oben¹ bereits aufgezeigt worden. Es ist nun ihr Verhältnis zu den gesetzlich geregelten Erscheinungen der Wertreklame daraufhin zu prüfen, ob in den entscheidenden Punkten Übereinstimmung mit Zugabe oder Rabatt besteht und diese Vorschriften demnach entsprechende Anwendung auch auf Warenproben finden können oder ob Normzweck und Interessenlage derart verschieden sind, daß diese Vorschriften gerade nicht anwendbar sind.

§ 7 Die Zugabeverordnung

I. Die Anwendbarkeit der ZugVO auf Warenproben

1. Übereinstimmungen und Unterschiede von Zugabe und Warenprobe

Diese Übereinstimmungen sind bereits bei der Begriffsbestimmung² dargelegt worden; es soll hier aber kurz noch einmal das Ergebnis wiederholt werden. Zugabe und Warenprobe gleichen sich weitgehend. Beide sind Schenkungen von Waren bzw. Leistungen, die zum Zweck der Kundengewinnung oder -erhaltung vorgenommen werden. Der wesentliche Unterschied liegt darin, daß eine Zugabe vom Abschluß eines entgeltlichen Geschäfts abhängt, während bei Warenproben höchstens ein Käufer, also zeitlicher und örtlicher, nicht aber ein innerer Zusammenhang mit einem solchen besteht. Warenproben

¹Vgl. Kap. 1 § 4.

²Kap. 1 § 5 I.

sind weiterhin durch den mit der Hingabe verfolgten besonderen Probezweck gekennzeichnet. Der Wert einer Zugabe kann dem Empfänger durch Erhöhung des Preises für die Hauptware angelastet werden, die Aufwendungen für Warenproben muß der Werbende selbst tragen.

2. Folgerungen für die rechtliche Beurteilung

a) Aus der Tatsache, daß es sich in beiden Fällen um Schenkungen zu Werbezwecken handelt, kann nicht ohne weiteres gefolgert werden, daß die ZugVO auch auf Warenproben anzuwenden ist.

Die weiteste Auffassung vom Zugabeverbot vertritt SEYDEL³, der dem Probezweck keinerlei Bedeutung beimißt. Eine Warenprobe, die in Verbindung mit einem Kauf steht, ist für ihn eine verbotene Zugabe. Diese Meinung wird aber im Schrifttum sonst nicht vertreten; auch MEYER⁴, den SEYDEL zur Stützung seiner Ansicht zitiert, faßt den Zugabenbegriff nicht so weit.

REIMER-KRIEGER, die in der ZugVO eine Regelung der Wertreklame schlechthin sehen⁵, erkennen neben den in § 1 Abs. 2 ZugVO erwähnten Ausnahmen die Warenprobe als weitere zulässige Form der Wertreklame an⁶. Das RG und der BGH haben, soweit ersichtlich, niemals eine Warenprobe nach der ZugVO beurteilt. Allerdings haben beide Gerichte nicht dargelegt, weshalb sie Warenproben ausnehmen, sie gehen offenbar davon aus, daß ein eindeutiger Wesensunterschied besteht. Der vom RG im Persil-Urteil⁷ angeführte Gesichtspunkt, daß die Beklagte nur an Großhändler liefere, somit

³KLAUER-SEYDEL, § 1 Rdz. 31.

⁴GRUR 1951, 149.

⁵§ 1 ZugVO Rdz. 10.

⁶§ 1 ZugVO Rdz. 11.

⁷GRUR 1938, 207.

also ein entgeltliches Geschäft mit dem beschenkten Letztverbraucher auch in Zukunft nicht zu erwarten sei und deshalb ZugVO und RabattG nicht zur Anwendung kommen könnten, trifft nur den besonderen Fall der Verteilung durch eigene Werbekolonnen; wenn die Einzelhändler bei der Verteilung eingeschaltet werden, trifft dieses Argument nicht mehr zu.

b) Die Unterscheidung zwischen Zugabe und Warenprobe wird zu Recht getroffen. Mit der ZugVO wird erstrebt, daß die Kunden vor einer unsachlichen Beeinflussung geschützt werden. Das Unlautere an der Zugabe ist darin zu sehen, daß durch ihre Verknüpfung mit einem entgeltlichen Geschäft der Kunde von der Hauptware abgelenkt und zu deren Kauf im Hinblick auf die "kostenlose" Erlangung der Zugabe, also nicht aus sachlichen Gründen, bestimmt wird. Außerdem läßt die Zugabegewährung in erhöhtem Maße die Gefahr der Irreführung des Publikums befürchten, da die Zugabe in den Preis für die Hauptware einkalkuliert und somit deren Wert verschleiert wird⁸. Dieses Ziel, einer Täuschung des Publikums entgegenzuwirken, kommt besonders deutlich in § 1 Abs. 3 ZugVO zum Ausdruck.

c) Diesen Haupteinwänden begegnet die Warenprobe gerade nicht. Sie ist insbesondere nicht geeignet, vom Hauptgegenstand eines Geschäfts abzulenken. Dies ist schon deshalb nicht möglich, weil sie nicht an ein entgeltliches Geschäft geknüpft ist; wegen des Fehlens der Akzessorietät ist eine unsachliche Beeinflussung beim Kaufentschluß nicht zu befürchten. Außerdem soll mit der Warenprobe der Umworbene nicht von der Hauptware ab-, sondern zu ihr hingelenkt werden. Das Charakteristische

⁸Vgl. die Erläuterungen zur Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutze der Wirtschaft vom 9. März 1932, Reichsanzeiger Nr. 61 vom 12. 3. 1932, abgedruckt bei REIMER-KRIEGER, S. 214 ff.

an dieser Werbemethode ist, daß sie dem Umworbenen selbst ein Urteil über die angebotene Ware gestattet, deren Qualität im Gegensatz zur Werbung mit Zugaben also nicht verschleiern, sondern einer objektiven Überprüfung unterziehen will.

Auch eine Täuschung des Kunden darüber, daß er letzten Endes kein Geschenk erhält, sondern dieses zugleich mit der Hauptware bezahlen muß, kann wegen der fehlenden Bindung der Warenprobe an ein Hauptgeschäft nicht erfolgen.

d) Das Zugabeverbot wurde weiterhin damit begründet, daß die Zugabengewährung in sich die Gefahr der schrankenlosen Ausweitung berge, da jeder Wettbewerber versuchen werde, seine Konkurrenten zu übertrumpfen. Das müsse aber zwangsläufig zu einer Verschlechterung der Qualität der Hauptware führen⁹. Auch dies trifft auf die Warenprobe als solche nicht zu. Eine gegenseitige Überbietung der Werbungstreibenden ist ausgeschlossen, da ja die Menge, die als Probegabe gewährt werden kann, beschränkt ist, eine Überbietung der Konkurrenten bei der Probengewährung über diese Grenze hinaus ist also nicht möglich. Schließlich darf der Aufwand für die Werbung mit Warenproben niemals zu einer Qualitätsverschlechterung führen, denn eine solche würde automatisch die Durchschlagkraft der Werbung herabsetzen.

Bedeutung kann der Gesichtspunkt der Übersteigerung jedoch bei der Beurteilung des Gesamtausmaßes einer Werbeaktion erlangen. Diese Frage wird unten¹⁰ untersucht werden; hier, wo es um die grundsätzliche Beurteilung der Warenprobe als solcher geht, spielt sie keine Rolle.

⁹Vgl. Anm. 8.

¹⁰Kap. 3 § 11 I.

3. Ergebnis

Bei Warenproben sind sowohl vom Standpunkt des Schutzes des kaufenden Publikums als auch dem der Mitbewerber aus betrachtet die Gründe, die zum Zugabeverbot führten, nicht gegeben. Die Unterschiede sind vielmehr so schwerwiegend, daß eine rechtliche Gleichbehandlung beider nicht möglich ist, die ZugVO kann also auf Warenproben keine Anwendung finden.

b) Für dieses Ergebnis ist noch ein weiterer Gesichtspunkt ins Feld zu führen. Die ZugVO ist auch ein Strafgesetz, denn § 3 Abs. 1 ZugVO bedroht Verstöße gegen § 1 ZugVO mit Geldstrafe. Da Warenproben und Zugaben verschiedenartig sind, könnte das Verbot des § 1 ZugVO nur im Wege der Analogie auf diese ausgedehnt werden. Bei Straftatbeständen ist aber der Analogieschluß zuungunsten des Betroffenen nicht zulässig¹¹.

II. Die Anwendung der ZugVO in Einzelfällen

1. Umgehung des Zugabeverbotes

a) Wenn auch die ZugVO für die rechtliche Beurteilung von Warenproben keine Bedeutung hat, so ist sie doch im Rahmen dieser Untersuchung zu berücksichtigen, da einerseits die Bezeichnung einer Schenkung als "Warenprobe" sich als bloße Umgehung des Zugabeverbotes erweisen kann und andererseits eine Warenprobe durch besondere Umstände zur Zugabe werden kann.

b) Eine Umgehung ist darin zu sehen, daß Waren unentgeltlich abgegeben und ausdrücklich als "Warenprobe" deklariert werden, die den objektiv an eine Warenprobe zu stellenden Anforderungen nicht genügen. Erfolgt eine solche

¹¹ OLG München WuW 1957, 41 (43): Schreibgarnitur; aus dem strafrechtlichen Schrifttum statt aller SCHÖNKE-SCHRÖDER, Kommentar zum StGB, 11. Aufl. München und Berlin 1967 § 2 Rdz. 11 ff.

Warenabgabe im Zusammenhang mit einem entgeltlichen Geschäft, so liegt eindeutig eine Zugabe vor.

2. Qualitätsänderung durch die Dauer der Abgabe

a) Auch soweit Waren abgegeben werden, die objektiv als Warenproben geeignet sind, können die äußeren Umstände dazu führen, daß eine Änderung der rechtlichen Qualität eintritt und diese Warenabgaben als Zugaben angesehen werden müssen. In diesem Sinn wird wohl auch der bei mehreren Schriftstellern auftauchende Satz, daß Warenproben Zugaben sein können, aufzufassen sein, obwohl nirgends eine nähere Erläuterung gegeben wird¹².

b) Die bloß äußerliche Bindung einer Warenprobe an ein entgeltliches Geschäft reicht nicht aus, um diese zu einer Zugabe zu machen. WENDLANDT¹³ weist darauf hin, daß insbesondere der Versandhandel aus Kostengründen darauf angewiesen ist, die Proben der gekauften Ware beizulegen. Anders ist jedoch folgender Fall zu beurteilen¹⁴:

Ein Hersteller von Kaffee-Ersatz, der gleichzeitig eine Kaffee-Rösterei betrieb, hat einem Teil der Kaffee-Ersatz-Packungen eine Tüte mit 5 g Bohnenkaffee beigelegt. Diese Packungen wurden nicht gekennzeichnet und nur die Einzelhändler, nicht aber die Verbraucher, wurden auf diese Werbeaktion hingewiesen.

Der Gutachterausschuß ging von der Unterscheidung Warenprobe - Ware selbst aus. Danach lag eindeutig eine Warenprobe vor. Die Abgabe ausschließlich in Verbindung mit einem entgeltlichen Geschäft hielt der Ausschuß für zulässig. Da keine gesetzlichen Bestimmungen oder allgemein anerkannte Grundsätze über die Form der Abgabe von Waren-

¹²MEYER, GRUR 1951, 149; ELSTER, S. 295; derselbe, AWR 1939, 161 f.

¹³WERNER WENDLANDT, Das Preisrecht der Wettbewerbsgesetze, Berlin 1941, S. 63.

¹⁴Gutachten des Gutachterausschusses für Wettbewerbsfragen Nr. 6/1950 = BB 1950, 574 ff.

proben bestünden, könne das Verteilungssystem nach freiem Belieben bestimmt werden, soweit dieses im übrigen rechtlich zulässig sei. Da eine Warenprobe keine Zugabe im Sinne der ZugVO sei, liege auch kein Verstoß gegen diese vor.

c) Dieses Gutachten übersieht die Problematik der Abgrenzung zwischen Zugaben und Warenproben. Die Unterscheidung zwischen Warenprobe und Ware selbst - die, wie bereits dargelegt¹⁵, ohnehin zu unzulänglichen Ergebnissen führt - hat das RG nur zur Beantwortung der Frage, ob ein Werbegeschenk vorliegt, herangezogen¹⁶. Eine abschließende Klärung, daß es sich um eine Warenprobe und nicht etwa um eine Zugabe handelt, ist damit nicht möglich. Der Umstand, daß eine Gabe den äußeren Anforderungen einer Warenprobe genügt, schließt die Annahme einer Zugabe noch nicht aus.

Den Ausschlag muß letztlich die Prüfung der Akzessorietät geben. Diese ist, wie das RG¹⁷ ausgeführt hat, so zu verstehen, daß die Zugabe geeignet und bestimmt sein muß, den Empfänger in seiner Entschließung zum Erwerb der Hauptleistung zu beeinflussen. Dieser Kaufanreiz ist letztlich das beherrschende Moment der Zugabe und in diesem Sinn wird allgemein das Erfordernis der Akzessorietät verstanden¹⁸. Diese Auswirkung auf den Entschluß, die Hauptware zu kaufen, kann eine Gratisleistung aber selbstverständlich nur dann entfalten, wenn dem Käufer vor Kaufabschluß bewußt wird, daß ihm ein weiterer Vorteil gewährt werden soll. Danach kann also die Verteilung von Warenproben mittels Beipacken zu anderen Waren nicht als von vornherein ausgeschlossen angesprochen werden. Eine Zugabe wird die Probegabe jeden-

¹⁵Oben Kap. 1 § 4 II 2.

¹⁶GRUR 1936, 810 (813).

¹⁷RGZ 154, 28 (35): Freigas.

¹⁸BGHZ 11, 274 (278); BAUMBACH-HEFERMEHL, Übersicht vor § 1 ZugVO Rdz. 1; § 1 ZugVO Rdz. 7; GODIN-HOTH, § 1 ZugVO Anm. 9; WENDLANDT, aaO, S. 64.

falls dann, wenn diese Werbeaktion den Verbrauchern angekündigt wird. Diese Fälle sind ausschließlich nach der ZugVO zu beurteilen, können also gemäß § 1 Abs. 2 a ZugVO doch zulässig sein.

Eine Publikationswirkung entfaltet aber auch das tatsächliche Verhalten. Wenn also eine - nicht angekündigte - derartige Werbeaktion längere Zeit dauert, so wird dem Publikum bekannt, daß man durch den Erwerb einer Ware in den Genuß eines zusätzlichen Vorteils gelangt, die Probe-gabe entfaltet dann eine Werbewirkung für die Hauptware, der sie beige-packt ist und wird zur Zugabe.

Nach dem hier vertretenen Standpunkt ist also das Vorliegen einer echten Warenprobe bei einem derartigen Verteilungssystem nur dann zu bejahen, wenn die Werbeaktion nicht angekündigt und schlagartig durchgeführt wird, also etwa auf die Produktion einer Woche beschränkt bleibt. Wenn sich die Werbung in diesem Rahmen hält, wird man trotz der zweifellos gegebenen Koppelung der Zuwendung an den entgeltlichen Erwerb einer anderen Ware doch noch eine Warenprobe annehmen können.

Zu einem ähnlichen Ergebnis ist MEYER in einer Stellungnahme zu dem angeführten Gutachten gekommen¹⁹. Er führt aus, der Satz, eine Warenprobe könne keine Zugabe sein, sei in dieser Bestimmtheit nicht haltbar. Ausschlaggebend sei nicht, wie der Hersteller die Zugabeware bezeichne oder verstanden wissen wolle, sondern ob sie im tatsächlichen Verkehr Zugabe-Charakter besitze. MEYER will also auch den Begriff der echten Warenprobe einengen. Als entscheidend im gegebenen Fall sieht er an, daß es sich um eine Dauereinrichtung handelt. Damit komme die Werbewirkung mehr dem Absatz von Kaffee-Ersatz als demjenigen von Bohnenkaffee zugute.

¹⁹GRUR 1951, 149.

d) Zu einem weitergehenden Verbot gelangte das OLG Hamburg²⁰, wenngleich die Abgrenzung von "Warenprobe" und "Zugabe" in dieser Entscheidung nur am Rande auftauchte.

Ein Kaffeeversandgeschäft kündigte in Annoncen an, daß Neukunden zusätzlich kostenlos zwei verschiedene Probebeutel mit je 10 g Bohnenkaffee erhalten. Dieses Angebot wurde sogar noch besonders hervorgehoben. Im weiteren Text wurde dann darauf hingewiesen, daß der Kunde die Probebeutel auch behalten dürfe, wenn er von seinem Recht, die Hauptware zurückzuschicken, Gebrauch mache.

Das OLG betrachtete dieses Verhalten als Ankündigung einer Zugabe, da die Absicht der Verbindung mit dem Hauptgeschäft klar erkennbar sei. Hierbei komme dem Umstand Bedeutung zu, daß eine unabhängige Bestellung der Probebeutel nicht vorgesehen gewesen sei. Die den Bestellern eingeräumte Möglichkeit, die Hauptware zurückzuschicken und nur die Proben zu behalten, sei dagegen unbeachtlich; der Kunde müsse jedenfalls die Ware erst bezahlen, da die Lieferung per Nachnahme erfolge. Die Rücksendung sei unsicher, da offen bleibe, wie er dann zu seinem Geld komme. Schließlich sei es eine Erfahrungstatsache, daß von diesem Recht sehr selten Gebrauch gemacht werde. Damit sei ein Verstoß gegen die ZugVO erwiesen, denn die Ausnahmen des § 1 Abs. 2 ZugVO träfen nicht zu. Damit komme aber der Frage, ob diese Beutel als unabhängige Warenproben verteilt werden könnten, keine Bedeutung zu. Für die ZugVO sei es auch unbeachtlich, daß die Proben nur an Neukunden abgegeben würden.

Zum Schluß führt dann das OLG aus: "Die Verurteilung beschränkt sich zutreffend auf den eigentlichen Fall der Gewährung oder Ankündigung der Probierbeutel als zusätzliche Leistung beim Vertrieb von Röstkaffees. Sie be-

²⁰WRP 1959, 118 ff.

trifft nicht die Verteilung von Probierbeuteln unabhängig vom Warenverkauf"²¹.

Der Hauptteil der Entscheidung verdient Zustimmung. Mit der Feststellung, daß es sich um Zugaben handelt, scheidet die Annahme von Warenproben aus. Daß bei einer Ankündigung in dieser Form der Zugabecharakter bejaht werden muß, unterliegt keinem Zweifel. Bedenken begegnet jedoch die vom OLG ohne nähere Begründung bestätigte Erweiterung des Verbots auf die Gewährung von Probebeuteln zusätzlich zu einer Hauptleistung. Für seine Ansicht kann das OLG zweifellos den Wortlaut des § 1 Abs. 1 ZugVO heranziehen, der verbietet, eine Zugabe "anzubieten, anzukündigen oder zu gewähren". Das Gewähren allein, auch ohne vorherige Ankündigung, verstößt also schon gegen diese Bestimmung²². So erscheint also der Schluß des OLG, das Gewähren dieser Probebeutel im Zusammenhang mit dem Vertrieb von Röstkaffee müsse unzulässig sein, wenn die Ankündigung unzulässig ist, verständlich. Indes wird dabei übersehen, weshalb überhaupt das Vorliegen einer Zugabe, und nicht einer Warenprobe, bejaht worden ist. Bei der Prüfung, wie diese Leistung zu klassifizieren ist, hat das OLG ja entscheidend gerade auf den Eindruck abgestellt, der durch die Anzeige beim Publikum erweckt wird²³. Bei der bloßen Gewährung fällt dieses Argument aber weg, es muß also selbständig untersucht werden, ob für den Kunden der Eindruck der Abhängigkeit entsteht. Wie das OLG selbst feststellt, kann von einer Zugabe nicht gesprochen werden, wenn "gelegentlich und in rein zufälliger Verbindung mit der Abgabe einer Hauptware auch eine andere Leistung, für die ein besonderes Entgelt nicht berechnet wird, erbracht wird"²⁴. Die abgegebene

²¹ aaO, S. 120.

²² BGH GRUR 1960, 558 (562): Eintritt in Kundenbestellung.

²³ WRP 1959, 119.

²⁴ aaO.

Menge ist zur Erprobung geeignet und übersteigt nicht den Rahmen des Zulässigen. Wenn also bei der Gewährung eindeutig der Probecharakter hervortritt und nicht etwa durch Begleitschreiben der Eindruck einer Zugabe erweckt wird, so ist die einmalige Abgabe auch dann als zulässige Warenprobe anzusehen, wenn sie in Verbindung mit einem Hauptgeschäft erfolgt.

e) Dieses Ergebnis kann nicht nur für den Versandhandel, sondern auch für den normalen Einzelhandel Geltung beanspruchen. In beiden Fällen müssen aber sämtliche Umstände des Einzelfalles berücksichtigt werden.

Von besonderer Bedeutung ist die Zeitdauer, während der bei jedem Einkauf eine Warenprobe abgegeben wird. Einer solchen ständigen Abgabe von Warenproben kommt eine Publikationswirkung zu; die Kunden werden mit der Zeit damit rechnen, daß sie diese zusätzliche Leistung erhalten, die tatsächliche Handhabung führt dann zum selben Ergebnis wie die Ankündigung einer Zugabe.

Allerdings wird man in derartigen Fällen immer berücksichtigen müssen, wie die Empfänger eine solche Gabe auffassen. Es kann durchaus sein, daß auch die ständige Beigabe der Probe noch als Werbung für die beigegebene Ware, und nicht die Hauptware, aufgefaßt wird. Ein schlagendes Beispiel bietet hierfür der Kukidentfall²⁵; die Probe eines Konkurrenzproduktes wird wohl niemand als Zugabe zum gekauften Produkt empfinden.

Als weitere Gesichtspunkte kommen neben der Art der Ware noch die Aufmachung, der Wert und der Nutzen der Gabe für den Empfänger in Betracht. So sind die für Waschmittel üblichen kleinen Probepackungen unabhängig von der Geringwertigkeitsgrenze des § 1 Abs. 2 a ZugVO zugaberechtlich nicht zu beanstanden; ihr Nutzen ist, da sie nur für die Wäsche einzelner Stücke ausreichen, für den Empfänger

²⁵BGH NJW 1963, 107 ff. Von einem Drogisten wurde den Käufern eines Reinigungsmittels für Zahnprothesen regelmäßig Proben eines Konkurrenzprodukts beigegeben. Der BGH hat diese Werbung gebilligt.

so gering und die Reklameabsicht tritt durch die Aufdrucke so deutlich in Erscheinung, daß sie selbst bei länger währendender ständiger Abgabe in Verbindung mit einem Kauf nicht als Zugabe empfunden werden.

3. Form der Ankündigung von Warenproben

a) Eine Ankündigung der Abgabe von Warenproben ist zulässig. Da Warenproben grundsätzlich an jedermann abgegeben werden, muß das Publikum, wenn nicht eine Verteilung durch Werbekolonnen erfolgt, auch darauf hingewiesen werden können. Dabei kann das Verbot des § 1 Abs. 3 ZugVO, in der Ankündigung die Abgabe als unentgeltlich zu bezeichnen oder den Eindruck der Unentgeltlichkeit zu erwecken, keine Anwendung finden, da Warenproben eben tatsächlich unentgeltlich sind.

Allerdings kann eine Ankündigung auch dazu führen, daß die Gratisabgabe als Zugabe angesehen werden muß. Dies ist immer dann der Fall, wenn die Gewährung einer "Warenprobe" vom Abschluß eines entgeltlichen Geschäfts abhängig gemacht wird; die Warenprobe entfaltet dann eine Werbewirkung für die Hauptleistung, ob die zusätzliche Vorteilsgewährung ausdrücklich als Zugabe oder als Warenprobe bezeichnet wird, ist gleichgültig²⁶.

b) Auch wenn die Probegewährung nicht ausdrücklich von einem Umsatzgeschäft abhängig gemacht wird, kann doch die Form der Ankündigung einen Zusammenhang mit einem Hauptgeschäft herstellen. So hat das KG²⁷ eine unerlaubte Ankündigung nach § 1 Abs. 3 ZugVO angenommen, als ein Seifenhaus seinen Kunden einen Gutschein für ein Weih-

²⁶Vgl. dazu das bereits erwähnte Kaffeever sand-Urteil des OLG Hamburg WRP 1959, 118 ff, oben 2 d.

²⁷AWR 1936, 156.

nachtsgeschenk übersandte. In dem Begleitschreiben wurde darauf hingewiesen, daß es sich um eine Aufmerksamkeit für die ständigen Einkäufe handle. Außerdem empfahl sich das Geschäft für die Weihnachtseinkäufe. Das Geschenk, das den Kunden gegen den Gutschein ausgehändigt wurde, bestand aus 7 verschiedenen Probegaben, die in eine Papiertüte verpackt waren. Ohne zu untersuchen, ob es sich um eine Abgabe echter Warenproben handelt, hat das KG die Zugabeeigenschaft bejaht. Dem muß - entgegen dem erstinstanzlichen Urteil des LG Berlin²⁸ - zugestimmt werden. Die abgegebenen Mengen sind zwar offensichtlich nicht über das zur Erprobung Erforderliche hinausgegangen, denn das KG hat sogar Geringwertigkeit i. S. des § 1 Abs. 2 a ZugVO bejaht. Die Tatsache, daß gleichzeitig mehrere Proben abgegeben worden sind, würde der Annahme einer Warenprobe auch nicht entgegenstehen. Da aber vom Verteiler selbst ausdrücklich betont wurde, daß er sich damit für die bisher getätigten Käufe erkenntlich zeigen wolle, ist der innere Zusammenhang eindeutig gegeben. Dabei spielt es keine Rolle, daß bei Abholung des Geschenks kein Kauf getätigt werden mußte, denn seit RG-Tagebuch²⁹ hat sich in Rechtsprechung und Lehre die Ansicht immer mehr gefestigt, daß eine Zugabe auch im Hinblick auf frühere Geschäfte gewährt werden kann.

In der Form der Ankündigung von Warenproben ist also Zurückhaltung geboten und insbesondere jeder Hinweis auf das bisherige Geschäftsverhältnis zu unterlassen. Der Hoffnung auf künftige Geschäftsabschlüsse kann selbstverständlich Ausdruck verliehen werden, denn solche sind ja das Ziel jeder Werbung. Zwar ist allgemein anerkannt, daß Zugaben auch für künftige Geschäftsabschlüsse gegeben

²⁸AWR 1936, 58.

²⁹GRUR 1936, 190 ff.

werden können³⁰, dazu ist jedoch erforderlich, daß erkennbar die Zuwendung unter der Voraussetzung eines nachfolgenden Geschäftsabschlusses erfolgt; die bloße Erwartung eines solchen reicht nicht aus³¹.

Letztlich entscheiden also die Umstände des Einzelfalles darüber, ob die Gewährung einer "Probegabe" eine Warenprobe oder eine Zugabe darstellt.

4. Zusätzliche Zuwendungen bei der Abgabe von Warenproben

Nicht anwendbar ist die ZugVO auf zusätzliche kostenlose Zuwendungen im Zusammenhang mit der Abgabe einer Warenprobe (sogenannte "Andenkengeschenke"). Dabei ist schon der für eine Zugabe notwendige Zusammenhang mit einer entgeltlichen Hauptleistung nicht gewahrt; eine unentgeltliche Leistung kann niemals Hauptleistung sein³². Etwaige Käufe auf Grund dieser Werbung können nicht als Hauptgeschäft angesehen werden, da der offensichtliche Zusammenhang mit der Warenprobe die erforderliche enge Bindung an das nachfolgende Geschäft ausschließt³³.

Die Unlauterkeit eines solchen "Andenkengeschenk" kann sich also nur aus allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten, insbesondere dem "moralischen Kaufzwang" ergeben. Dabei gelten aber grundsätzlich keine Besonder-

³⁰ BAUMBACH-HEFERMEHL, § 1 ZugVO Rdz. 13; REIMER-KRIEGER, § 1 ZugVO Rdz. 10; GODIN-HOTH, § 1 ZugVO Anm. 17.

³¹ BAUMBACH-HEFERMEHL, aaO; GODIN-HOTH, aaO; KLAUER-SEYDEL, § 1 Rdz. 18; REIMER-KRIEGER, § 1 ZugVO Anm. 10.

³² BGH GRUR 1959, 544 (546): Modenschau.

³³ v. BURCHARDT, GRUR 1956, 163 (166 f).

heiten. Ein Moment, das für die Zulässigkeit der Abgabe spricht, liegt allerdings dann vor, wenn die zusätzliche Leistung in einem engen Zusammenhang mit der Warenprobe steht, also unmittelbar ihrer Verwendung dient³⁴.

³⁴GODIN-HOTH, § 1 ZugVO Anm. 12. Vgl. auch Wettbewerb 1965, 29; dort hat eine Kosmetikfirma durch eine Kosmetikerin eine kostenlose Behandlung durchführen lassen. Vom Gutachterausschuß wurde das fälschlicherweise als Leistungsprobe angesehen. Geworben wurde aber für Kosmetikartikel; die bei der Behandlung verwendeten Mittel sind also die Probe, die Behandlung ist eine Leistungssteigerung, durch die die Kunden in der Auswahl der Mittel und deren Anwendung unterrichtet werden sollen. Diese Leistungssteigerung ist demnach zulässig.

§ 8 Das Rabattgesetz

I. Die Anwendbarkeit des Rabattgesetzes auf Warenproben

1. Umsonstabgabe als Rabatt

a) Wie oben¹ bereits ausgeführt, haben Warenproben und Rabatte sehr wenig Berührungspunkte. Es wird jedoch auch vereinzelt eine sehr extensive Auffassung vom Begriff des Rabatts vertreten, die in jeder Umsonstabgabe den höchsten Grad einer Rabattgewährung verwirklicht sieht, nämlich einen Preisabschlag in voller Höhe. Diese Auffassung wurde in der Rechtsprechung erstmalig vom OLG Celle in seinem Diamantine-Urteil² vertreten.

b) Zur Beurteilung stand folgender Tatbestand: Die Beklagte, Herstellerin von Putzmitteln, verschickte durch Postwurfsendung Gutscheine an Haushaltungen. Der Umschlag trug den Aufdruck: "Einliegend Wert 22 Pf.". Es wurden die Vorteile der Diamantine-Schuhcreme angepriesen und dann das Angebot gemacht, gegen Ablieferung des Gutscheins beim Kaufmann unentgeltlich eine Dose schwarzer Schuhcreme (oder gegen Aufzahlung von 5 Pf. auch farbige) in Empfang zu nehmen. Gleichzeitig konnte der Empfänger noch an einer Ausspielung teilnehmen. Der Verdienst, den die Kaufleute bei gewöhnlichem Absatz an einer Dose gehabt hätten, wurde ihnen von der Beklagten vergütet. Die regulären Preise betrugen für die Dose 22 bzw. 27 Pf.

Das OLG hat zunächst einen Verstoß gegen die ZugVO verneint, einen solchen gegen § 1 UWG aber bejaht. Dann hat es ausgeführt, daß diese Handlungsweise auch gegen das RabattG verstoße. Soweit farbige Schuhcreme abgegeben

¹Kap. 1 § 5 II.

²AWR 1935, 177 ff.

werde, stelle die Zuzahlung von 5 Pf. ein Entgelt für die Ware dar. Da die Dose normal 27 Pf. koste, sei der zulässige Barnachlaß von 3 % weit überschritten. Eine Veräußerung an den letzten Verbraucher liege vor, somit sei gegen § 2 RabattG verstoßen.

Dasselbe müsse aber auch für die Abgabe schwarzer Schuhcreme gelten. Es sei nicht einzusehen, weshalb die Beurteilung anders sein solle, wenn nicht ein ganz geringes, sondern überhaupt kein Entgelt gefordert werde. Die Gesichtspunkte, die zum Erlaß des RabattG geführt haben, gälten hier genauso. Ein angekündigter Preis bestehe, da die Schuhcreme ja auch weiterhin entgeltlich abgesetzt werde. Für die Gutscheineempfänger werde ein Sonderpreis eingeräumt. Der Ausdruck "bestimmte Verbraucherkreise" sei im weitesten Sinn zu verstehen, jedes gemeinsame Merkmal genüge, auch wenn eine innere Verbundenheit vollkommen fehle. Da die Gutscheine nur in einzelnen Städten versandt worden seien, werde die Ware nicht allgemein unentgeltlich abgegeben. Es handle sich also um gelegentliche und in bestimmten Einzelfällen gewährte Umsonstlieferungen zu Zwecken des Wettbewerbs, die nur eine Umgehung des Gesetzes darstellten und nach Sinn und Zweck des RabattG unzulässig seien.

c) Diesen Ausführungen des OLG schließt sich WEBER in einer Anmerkung an³. Das RG läßt in seinem Revisionsurteil zu diesem Fall die Frage der Anwendbarkeit des RabattG ausdrücklich offen⁴. Auch der Kommentar zum RabattG von MICHEL-WEBER-GRIES⁵ vertritt die Ansicht, daß eine Rabattgewährung in einer Umsonstabgabe liege,

³AWR 1935, 180 ff.

⁴GRUR 1936, 610.

⁵§ 1 Anm. 14 ff.

wenn diese nicht an jedermann erfolge. Der vom Gesetzgeber verfolgte Zweck, jede ungesunde Rabattgewährung im Verkehr mit dem letzten Verbraucher zu beseitigen, könne nur dann erreicht werden, wenn auch der Nachlaß des gesamten Preises verboten werde. Der Wortlaut des RabattG stehe nicht entgegen, denn die Wendung "Einzelverkauf an den letzten Verbraucher" in § 1 Abs. 1 S. 1 RabattG wolle nicht den Verkauf gegen Entgelt hervorheben, sondern den Absatz auf der letzten Handelsstufe.

Das RG hat schon im Persil-Urteil⁶ die Ansicht vertreten, daß Voraussetzung einer Rabattgewährung ein Verkauf an den letzten Verbraucher, mithin ein entgeltliches Geschäft, sei. Auch HEFERMEHL⁷ will das RabattG nur auf entgeltliche Geschäfte anwenden, Umsonstabgaben sollen ihm nicht unterfallen. Sie seien kein Preisnachlaß, sondern ein Preiserlaß. Auch dem Wesen des Rabatts entspreche dies mehr, da er Kunden zum Kauf anlocken solle und deshalb auf ein erträgliches Maß beschränkt werde.

Weiterhin sprechen sich gegen die Anwendbarkeit des RabattG auf Umsonstabgaben aus KRIEGER⁸ und das OLG Stettin⁹. Auch SPENGLER¹⁰ schließt sich dieser Ansicht an, obgleich er die extensive Auslegung für dem Willen des historischen Gesetzgebers entsprechend und auch mit dem Gesetzeswortlaut vereinbar hält.

⁶GRUR 1938, 207 ff.

⁷BAUMBACH-HEFERMEHL, § 1 RabattG Rdz. 6 und 43.

⁸REIMER-KRIEGER, § 1 RabattG Rdz. 4 (S. 127).

⁹JW 1938, 386 ff.

¹⁰MA 1955, 87 (88).

2. Eigene Anschauung

a) Der h. M. ist beizutreten. Daß der Gesetzgeber keineswegs jede Warenabgabe unter dem Normalpreis verbieten wollte, kann man daraus entnehmen, daß er etwa zur gleichen Zeit die ZugVO und das RabattG erlassen hat und somit bewußt zwei Teilbereiche der außergewöhnlichen Vorteilsgewährung im Geschäftsverkehr herausgegriffen hat, um den dabei aufgetretenen Auswüchsen Einhalt zu gebieten, ohne aber eine allgemeine Norm aufzustellen. Es geht nicht an, nunmehr diese Teilverbote in viel allgemeinere Verbote umzudeuten. Dazu kommt noch ein wichtiger wesensmäßiger Unterschied. Rabatten (und auch Zugaben) wohnt ein anreißerisches Moment inne, sie sollen den umworbenen Verbraucher zum Abschluß eines entgeltlichen Geschäfts bestimmen, weil er nur so in den Genuß der angebotenen Vorteile kommt. Warenproben hingegen bieten diese Vorteile auch ohne einen Geschäftsabschluß.

b) Schließlich wird man auch die philologische Begründung des RG¹¹ nicht außer acht lassen dürfen. § 1 RabattG spricht davon, daß das RabattG für den Einzel-"Verkauf" an den letzten Verbraucher gelten soll. Der Begriff "Verkauf" wird aber wohl eindeutig nur für entgeltliche Absatzgeschäfte verwendet. Selbst wenn man aber mit MICHEL-WEBER-GRIES¹² hier lediglich eine sprachliche Unschärfe annehmen wollte und diesen Ausdruck einzig mit dem Schwerpunkt auf "an den letzten Verbraucher" lesen würde, wobei dann "Verkauf" jegliche Art des Absatzes umfassen würde, müßte die extensive Auslegung doch daran scheitern, daß lediglich "Preisnachlässe" verboten sind. Ein Preisnachlaß liegt aber nur dann vor,

¹¹GRUR 1938, 207: Persil.

¹²§ 1 Anm. 15.

wenn überhaupt noch ein Preis gefordert wird. Bei der Umsonstabgabe einer normalerweise entgeltlich abgegebenen Ware handelt es sich nicht um einen Preisnachlaß, sondern um einen Preiserlaß. Aus dem Zusammenhalt der beiden Begriffe "Verkauf" und "Preisnachlaß" ergibt sich eindeutig, daß Umsonstabgaben nicht getroffen werden sollen.

c) Für die Beurteilung von Warenproben verliert diese Streitfrage dadurch an Schärfe, daß auch MICHEL-WEBER-GRIES¹³ diese vom Verbot der Rabattgewährung ausnehmen wollen. Allerdings ist befremdend, daß sie in einem einzigen Satz dies als feststehende Tatsache mitteilen, ohne dafür eine Begründung auch nur anzudeuten und ohne sich dazu zu äußern, was sie unter einer Warenprobe verstehen.

II. Die Anwendung des RabattG in Einzelfällen

1. Preisabschlag für Neukunden?

a) In diesem Zusammenhang ist zunächst die Frage zu prüfen, ob an neue Kunden eine "Probeflieferung" der Art abgegeben werden darf, daß ihnen ein Preisabschlag auf den Normalpreis gewährt wird.

Mit dieser Frage hatte sich das OLG Hamburg in folgendem Fall zu befassen¹⁴: Ein Kaffeeversandunternehmen berechnete seinen Kunden außer dem Kaufpreis 60 Pf. Portokosten und einen Aufschlag von 40 Pf. für eine Klarsichtdose. An neue Kunden gab es 1 Pfund Kaffee ab, ohne diese Nebenkosten zu berechnen. Zur Rechtfertigung führte es aus, daß es sich in diesen Fällen um Abgabe von Warenproben handle. Neuen Interessenten solle damit ein An-

¹³§ 1 Anm. 16.

¹⁴WRP 1958, 27 ff.

reiz zur einmaligen Erprobung gegeben werden, um sie dann als Dauerkunden zu gewinnen. Das OLG hat ausgeführt¹⁵, daß nur unentgeltliche Probegaben von einer Beurteilung nach dem RabattG ausgenommen seien, da in diesen Fällen kein Kaufvertrag vorliege. Soweit es sich jedoch nicht um eine unentgeltliche Abgabe, sondern um einen Kauf handle, könnten die Grundsätze über Warenproben nicht zur Anwendung gelangen, sondern es greife das RabattG ein. Das Argument der Beklagten, es müsse ein Preisnachlaß für Probewaren zulässig sein, da sogar die kostenlose Abgabe zugelassen werde, treffe nicht zu. Das RabattG verbiete sämtliche Preisnachlässe mit Ausnahme der in §§ 2 ff RabattG ausdrücklich erlaubten. Da eine Sonderregelung für Warenproben im RabattG nicht getroffen worden sei, verstoße das Verhalten der Beklagten gegen § 1 RabattG, denn der zulässige Höchst-rabatt von 3 % werde von ihr weit überschritten.

Der BGH ist in seinem Revisionsurteil auch dem Argument der Beklagten, es handle sich um einen zweiten (erlaubten) Normalpreis und nicht etwa um einen Abschlag vom allgemeinen Preis, entgegengetreten¹⁶. Zwar stelle der ermäßigte Preis für Gutscheininhaber tatsächlich einen Normalpreis dar, da der Preis einheitlich angekündigt und allgemein gefordert werde. Aus § 1 Abs. 2 RabattG ergebe sich aber, daß solche Sonderpreise für bestimmte Verbrauchergruppen wie Rabatte zu behandeln seien.

b) Diese Entscheidung ist vollauf zu billigen. Eine Warenprobe ist objektiv dadurch gekennzeichnet, daß eine zur Erprobung erforderliche und geeignete Menge unentgeltlich abgegeben wird¹⁷. Hier liegt demnach schon ob-

¹⁵aaO, S. 28; zustimmend im wesentlichen das Revisionsurteil des BGH GRUR 1959, 326 ff.

¹⁶GRUR 1959, 326 (328).

¹⁷Vgl. dazu oben Kap. 1 § 4.

ektiv keine Probegabe vor. Einmal stellt ein Erlaß von üblicherweise berechneten Nebenkosten eben keine kostenlose Abgabe der Ware dar. Zum anderen ist aber auch die zur Erprobung erforderliche Menge weit überschritten, wenn 1 Pfund Kaffee abgegeben wird. Eine Menge von etwa 10 g wäre als das Höchstmaß anzusehen. Eine Warenprobe im üblichen Sinn liegt also mit Sicherheit nicht vor. Ein verbilligtes Angebot an Neukunden stellt aber einen Preisnachlaß dar, für den im RabattG keine Ausnahmebestimmung getroffen ist.

c) Schließlich ist dabei auch zu beachten, daß eine verbilligte Abgabe an Neukunden die Einräumung eines Sonderpreises bedeuten würde. Sonderpreise sind aber gemäß § 1 Abs. 2 RabattG grundsätzlich verboten, die Ausnahmen von diesem Verbot sind in § 9 RabattG enumerativ geregelt. Die h. M. sieht diese Regelung als abschließend an, anderen Gruppen dürfen also selbst dann keine Sonderpreise gewährt werden, wenn sich die Abschläge gegenüber dem Normalpreis im Rahmen der §§ 2 - 8 RabattG halten¹⁸.

Im Kaffee-Versand-Urteil hat der BGH auch zu der Frage Stellung genommen, welche Anforderungen an den Begriff "bestimmte Verbraucherkreise" zu stellen sind¹⁹. In Übereinstimmung mit der h. L.²⁰ will er diesen Begriff weit verstanden wissen. Eine innere oder rechtliche Verbindung ist nicht erforderlich, es genügt, wenn äußere Umstände übereinstimmen. Die Inhaberschaft von Gutscheinen oder die Tatsache, daß es sich um Erstbezieher handelt, reicht für die Annahme einer bestimmten Verbrauchergruppe aus. Daraus ergibt sich, daß ein Einführungsangebot nur dann

¹⁸ REIMER-KRIEGER, § 1 RabattG Anm. 5; MICHEL-WEBER-GRIES, § 1 Anm. 8; BAUMBACH-HEFERMEHL, § 1 RabattG Rdz. 22.

¹⁹ GRUR 1959, 326 (328).

²⁰ REIMER-KRIEGER, § 1 RabattG Anm. 6; TETZNER, RabattG § 1 Anm. 74; MICHEL-WEBER-GRIES, § 1 Anm. 75; OLG Celle AWR 1935, 177 (179).

zulässig ist, wenn es sich an alle Verbraucher - auch an diejenigen, die bereits Abnehmer sind - wendet; dabei handelt es sich dann um einen reduzierten Normalpreis.

d) In diesem Zusammenhang verdient das Problem der Preisspaltung Beachtung, ein Einführungspreis darf nicht als ermäßigter Preis gegenüber einem angekündigten Normalpreis erscheinen. So wurde für das Waschmittel OMO neben den normalen Packungen mit 350 g zu DM 1,55 und mit 525 g zu DM 2,30 auch ein "Einführungspaket" mit 200 g zu DM -,50 auf den Markt gebracht, wobei auf der Groß- und Einzelhandelsstufe eine mengenmäßige Koppelung der verschiedenen Pakete bestand, der letzte Verbraucher in der Wahl aber völlig frei war. Sowohl in der Werbung als auch auf den Packungen fehlte eine Gewichtsangabe für das Einführungspaket.

Der BGH²¹ hat diese Werbung für zulässig erklärt, ohne auf das RabattG einzugehen. Im Ergebnis war das berechtigt, da es im Streitfall nur um die Abgabe an den Handel ging; da aber bei der Gesamtbetrachtung dieses Wettbewerbsverhaltens auch die Verbraucher einbezogen wurden, ist dies doch erstaunlich. Eindeutig ist, daß diese Werbung nicht aus dem Gesichtspunkt der Gewährung eines Sonderpreises unter das RabattG fällt, denn die Einführungspakete wurden ja schlechthin an alle Verbraucher, nicht nur an bestimmte Gruppen, abgegeben. Da aber das Einführungspaket relativ gesehen wesentlich billiger ist als die Normalpackungen, bei denen eine Menge von 200 g rund 88 Pf. kostet, liegt eine Preisspaltung vor. Das OLG Hamm hat zur Frage der gespaltenen Preise die Auffassung vertreten, es sei zulässig, für verschiedene Mengen derselben Ware jeweils unterschiedliche Normalpreise anzukündigen, sofern diese jedermann berechnet werden²². Dem kann in dieser Allgemeinheit nicht zugestimmt werden, es muß viel-

²¹WRP 1965, 257 ff.

²²WRP 1960, 284.

mehr eine sachliche Berechtigung für die verschiedenen Preise gefordert werden; so ist ein geringerer Preis bei Abnahme einer größeren Wareneinheit durch Aufwandersparnisse gerechtfertigt²³. Eine solche Preisgestaltung erkennt auch die amtliche Begründung zu § 7 RabattG als zulässig an²⁴. Ein Preisnachlaß bei Abnahme einer kleineren Wareneinheit könnte seine Berechtigung höchstens im Probezweck finden. Dabei sind aber die bereits erwähnten Gründe für die Ablehnung eines Preisnachlasses beim Probebezug²⁵ entsprechend anzuwenden, die Abgabe von verbilligten Einführungspaketen neben den Normalpaketen stellt also grundsätzlich keinen erlaubten Fall der Preisspaltung, sondern eine unzulässige Rabattgewährung dar.

Da allerdings im besprochenen Fall eine Gewichtsangabe fehlte und somit ein unmittelbarer Preisvergleich für den Kunden nicht möglich war, der Kaufanreiz also nicht voll zur Wirkung kam, kann diese Werbung noch als zulässig angesehen werden. Wenn aber auch eine Mengenangabe erfolgt, so wird dem Käufer der Preisvorteil voll bewußt, ein solches Einführungsangebot bietet dann gerade den mit dem Rabattverbot bekämpften unlauteren Kaufanreiz. Aus den gleichen Gründen verstoßen auch die bei Zeitschriften vielfach üblichen verbilligten "Probeabonnements" gegen das RabattG.

e) Ein Preisnachlaß für alle Erstabnehmer, die ein Produkt erproben wollen, ist also immer unzulässig, auch wenn sich der Nachlaß in den Grenzen des zulässigen Rabatts hält; ebenso ist die Abgabe von verbilligten Probepaketen neben Normalpaketen grundsätzlich unzulässig.

²³ MICHEL-WEBER-GRIES, Rdz. 3 vor § 7; BAUMBACH-HEFERMEHL, § 1 RabattG Rdz. 29; TETZNER, Rabattgesetz, § 1 Anm. 102; SCHIBEL, BB 1960, 1149.

²⁴ Reichsanzeiger Nr. 284 vom 5. 12. 1933, abgedruckt bei REIMER-KRIEGER, S. 233 (237).

²⁵ Oben 1.a - c.

Eine rabattrechtliche Ausnahmeregelung für diese Fälle erscheint mir auch de lege ferenda nicht erforderlich. Hierdurch würden der Umgehung des Rabattverbotes Tür und Tor geöffnet, denn eine Überprüfung, ob ein Besteller Alt- oder Neukunde ist, ist schon für die Vertriebsfirma nicht immer leicht, man braucht nur an das Vorschieben von Strohmännern zu denken. Noch viel schwieriger wäre es aber für einen Mitbewerber, hier Verstöße nachzuweisen. Der Verletzer könnte sich ja immer wieder darauf berufen, daß der Kunde inzwischen zu einer anderen Marke abgesprungen sei und nunmehr wieder zurückgewonnen werden müsse. Hier würde auch der Grundgedanke des RabattG verletzt, denn Voraussetzung für die Vorteilserlangung wäre ein Kaufabschluß. Damit würde diese Form eines "Probeangebots" gerade den vom RabattG bekämpften unsachlichen Kaufanreiz bieten.

d) Ein wirtschaftliches Bedürfnis für eine solche Ausnahmeregelung ist ebenfalls nicht anzuerkennen. Zum einen steht der Weg der Werbung mit echten Warenproben offen. Zum andern ist die Zulässigkeit von Einführungspreisen für neue Produkte allgemein anerkannt; nur muß dann dieser Preis allgemein angekündigt und gefordert werden, damit kein Preisnachlaß i. S. des § 1 Abs. 2 RabattG vorliegt (sogenannte unechte Sonderpreise²⁶). Dem Bedürfnis, die möglichen Abnehmer zu günstigen Bedingungen mit der Ware vertraut machen zu können, ist also ausreichend Rechnung getragen.

2. Faktische Verbindung mit einem Kauf der gleichen Ware

a) Eine Probegabe begegnet auch dann rabattrechtlichen Bedenken, wenn nach der allgemeinen Lebenserfahrung damit zu rechnen ist, daß bei Entgegennahme der Probe der Kunde

²⁶BAUMBACH-HEFERMEHL, § 1 RabattG Rdz. 24.

eine größere Menge der zu erprobenden Ware entgeltlich abnimmt, weil ein Bedarf für eine größere Menge besteht und zu erwarten ist, daß der gesamte Bedarf einheitlich gedeckt wird. Hierfür müssen sich aber aus der besonderen Fallgestaltung Anhaltspunkte ergeben. Die Tatsache, daß eine Hausfrau nicht zu ihrem Händler geht, nur um einen Gutschein für eine Warenprobe einzulösen, sondern natürlich bei dieser Gelegenheit auch gleich ihre Einkäufe erledigt, reicht nicht aus. Es muß der Anreiz bestehen, bei dieser Gelegenheit gerade die zu erprobende Ware zu kaufen.

b) Ein Beispiel hierfür bietet das folgende Gutachten der Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs²⁷. Eine Tankstelle wollte an Fahrschüler einen Gutschein für 5 l Super-Benzin der Marke X versenden. In einem Begleitschreiben sollten die Vorzüge dieses Benzins gepriesen werden ("bekömmlich für den Motor, höchstmögliche Leistung und mehr Kilometer").

Die Stellungnahme der Zentrale betont, daß der Probezweck nicht erreicht werden könne, da sich diese Vorteile erst beim Verbrauch größerer Mengen herausstellten. Außerdem liege hier ein psychologischer Kaufzwang vor und - damit zusammenhängend - seien rabattrechtliche Bedenken gegeben. Zwar verstoße die Umsonstabgabe als solche nicht gegen das RabattG; da aber einerseits die Gutscheinempfänger Hemmungen hätten, nur die 5 l zu tanken, die sie kostenlos bekommen und andererseits jeder, der eine Tankstelle aufsucht, seinen Benzinbedarf für die nächste Zeit decken und nicht nur eine so geringe Menge tanken würde, daß er schon nach kurzer Zeit wieder eine Tankstelle aufsuchen müßte, erscheine die Umsonstabgabe nicht als etwas Selbstständiges, sondern als ein Teil eines entgeltlichen Rechtsgeschäfts. Die Anrechnung des Gutscheins auf den an sich

²⁷Wettbewerb 1963, 29 ff.

zu bezahlenden Betrag wirke sich also praktisch als Einräumung eines Sonderpreises für die Gutscheininhaber aus.

c) Diese Ausführungen sind bei einer sinngemäßen Auslegung des Rabattverbots als zutreffend anzusehen. Zwar wird hier ausdrücklich keine Verbindung zwischen der Abgabe der Probegabe und einem entgeltlichen Geschäft hergestellt, wie das bei Rabatten üblich ist, die ja gerade Nachlässe von den Preisen sind. Man könnte demnach beide Vorgänge durchaus getrennt betrachten und somit zu dem Ergebnis kommen, daß eine zulässige Warenprobe und daneben ein regulärer Kauf vorliegen. Eine derartige Auffassung würde aber den wirtschaftlichen Tatsachen nicht Rechnung tragen. Der Gutschein wird fast immer dann eingelöst, wenn der Inhaber ohnehin tanken muß. Dabei wird er dann nach der Lebenserfahrung seinen gesamten Benzinbedarf decken, was er sonst vielleicht bei einer anderen Tankstelle getan hätte. Der Gutschein wirkt also als Anreiz, gerade bei der Tankstelle zu tanken, die ihn ausgegeben hat und zieht somit Kunden von der Konkurrenz ab. Für die Gutscheininhaber aber wirkt sich die Gewährung der "Warenprobe", die ja mit dem entgeltlichen Geschäft faktisch einen einheitlichen Vorgang darstellt, als Preisnachlaß aus und wird wohl auch in der Mehrzahl der Fälle als solcher aufgefaßt werden. Die Anwendung des RabattG auf derartige Fälle ist also völlig berechtigt.

3. Beigabe gleichartiger Waren

Nicht einschlägig sind dagegen die rabattrechtlichen Vorschriften in den Fällen, in denen einer Ware Proben eines Konkurrenzzeugnisses oder einer Ersatzware beigegeben werden. So hat der BGH in seiner Kukident-Entscheidung²⁸ diese Vorschriften überhaupt nicht erwähnt.

²⁸ NJW 1963, 107 ff.

Auch bei der Beilegung von 5 g Bohnenkaffee zu Kaffee-Ersatz²⁹ liegt keine Rabattgewährung vor. Dies ergibt sich daraus, daß ein Warenrabatt nur dann vorliegt, wenn genau die gleiche Ware kostenlos abgegeben wird. Der Umstand, daß lediglich der Verwendungszweck gleich ist, also eine Ware die andere ersetzen kann, reicht nicht. In der Literatur sind allerdings die Ansprüche, die an "die verkaufte Ware" zu stellen sind, noch nicht einheitlich geklärt. So versteht ELSTER³⁰ den Begriff im Sinne der Anschauung des kaufenden Publikums, also als gleichartige und gleichwertige Waren; Tafelschokolade verschiedener Hersteller ist in diesem Sinn gleich. REIMER-KRIEGER³¹ verlangen zwar "völlige Identität", sehen diese aber schon als gegeben an, wenn es sich um verschiedene Schokoladensorten handelt. Gegen eine derartige Auslegung spricht die amtliche Begründung in §§ 7, 8 RabattG³², wo angeführt wird, "es darf also nur dieselbe Ware und von derselben Ware nur die gleiche Qualität gegeben werden, z. B. zu Kaffee Sorte I nur die Sorte I" usw. Dem entspricht auch die h. M., die als Rabatt nur genau die gleiche Ware ansieht³³.

Da in den erwähnten Fällen insbesondere auch der Probezweck erreicht werden kann, handelt es sich um echte zulässige Warenproben und nicht um unzulässige Rabatte.

²⁹Vgl. das Gutachten des Gutachterausschusses für Wettbewerbsfragen Nr. 6/1950 = BB 1950, 574.

³⁰Wettbewerbsrecht, § 7 RabattG Anm. 4.

³¹§ 1 ZugVO Anm. 22.

³²Zitiert aus REIMER-KRIEGER, S. 238.

³³MICHEL-WEBER-GRIES, § 7 Anm. 22; BAUMBACH-HEFERMEHL, § 8 RabattG Rdz. 7; GODIN-HOTH, § 7 RabattG Anm. 6.

3. Kapitel

Die Beurteilung von Warenproben nach dem UWG

§ 9 Grundsätzliches

I. Allgemeines zum UWG

Die Anfänge des Wettbewerbsrechts reichen zurück bis zur Verkündung der Gewerbefreiheit. Die Regelung des gewerblichen Verkehrs erfolgte im öffentlichen Interesse durch öffentlich-rechtliche Normen¹. Das erste Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs vom 27. 5. 1896² brachte eine kasuistische Regelung einzelner Wettbewerbs-handlungen, die aber der Vielfalt des wirtschaftlichen Lebens keineswegs gerecht wurde, so daß nach dem Inkraft-treten des BGB sich in der Rechtsprechung immer mehr die Meinung durchsetzte, daß §§ 826 und 823 Abs. 1 BGB eine notwendige Ergänzung dieses Gesetzes seien³. Diesen Un-zulänglichkeiten wurde durch das Änderungsgesetz zum UWG vom 1. 10. 1909⁴ Rechnung getragen, das als wichtigste Neuerung die Generalklausel in der heute geltenden Fas-sung brachte.

II. Die geschützten Subjekte und das Schutzgut des UWG

1. Geschützte Subjekte

Die ältere Lehre hat eine rein individualrechtliche Auffassung des Wettbewerbsrechts vertreten, eine Schutz-funktion des UWG wurde nur für die Mitbewerber, nicht auch

¹Vgl. dazu LOBE, Die Bekämpfung des unlauteren Wettbe-werbs, Bd. I, Leipzig 1907, § 13 II.

²RGBl. S. 145.

³Vgl. LOBE, § 13 VI.

⁴RGBl. 1909 S. 499 ff.

für die Allgemeinheit anerkannt⁵. Im Laufe der Zeit hat aber auch die sozialrechtliche Seite Beachtung gefunden und wurde mit zunehmender staatlicher Wirtschaftslenkung immer mehr als gleichberechtigt anerkannt⁶, teilweise wurde ihr sogar der Vorrang eingeräumt⁷. Heute ist jedenfalls fast unbestritten, daß das UWG neben dem Schutz der einzelnen Mitbewerber auch dem der Allgemeinheit gilt⁸.

2. Das Schutzgut

Mit der Anschauung über die geschützten Subjekte änderte sich auch die Auffassung davon, was das geschützte Objekt ist. Von den Vertretern der individualrechtlichen Lehre wurde teils die Persönlichkeit⁹, teils ein von der Person losgelöstes Rechtsgut, dessen

⁵ BECHER, Wettbewerbsrecht, Berlin 1928, Vorb. 8 zu § 1; LOBE, aaO, § 14; CALLMANN, Der unlaute Wettbewerb, Mannheim-Berlin-Leipzig 1929, S. 23 ff; PINNER, Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs, Berlin 1903, Einl. V; KIRCHBERGER, Unlauterer, sittenwidriger und unerlaubter Wettbewerb, S. 31; KOHLER, Der unlaute Wettbewerb, Berlin und Leipzig 1914, §§ 4 ff; RG GoldArch. 58, 439; RGSt 61, 61.

⁶ ROSENTHAL, Wettbewerbsgesetz, 8. Aufl., Berlin 1930, S. 5; ULMER, GRUR 1937, 769 (773); RG MuW 1915, 48 (49).

⁷ ELSTER, Wettbewerbsrecht, Berlin 1941, S. 4.

⁸ BAUMBACH-HEFERMEHL, Einl. UWG Rdz. 34; GODIN-HOTH, § 1 UWG Anm. 7; HUBMANN, § 4 V 2; KRAFT, Interessenabwägung und gute Sitten im Wettbewerbsrecht, München und Berlin 1963, S. 192 ff; HEFERMEHL, Festschrift für Nipperdey, S. 283 (286); BGHZ 19, 392 (396): Anzeigenblatt; BGH WRP 1955, 206 (208): Bestattungsvertrag.

⁹ So vor allem KOHLER, Unlauterer Wettbewerb, § 5; LOBE, Unlauterer Wettbewerb, Bd. I § 15; ALEXANDER-KATZ, Moderne Fälle unlauteren Wettbewerbs, 2. Aufl. Berlin 1933, S. 2; OSTERRIETH, Gewerblicher Rechtsschutz, Leipzig 1908, S. 10 ff; ROSENTHAL, Wettbewerbsgesetz, S. 5.

Wesen umstritten ist¹⁰, als Schutzgut bezeichnet. Von den Vertretern einer sozialrechtlichen Auffassung wurden das Berufsethos¹¹ oder die Reinerhaltung des Leistungswettbewerbs¹² als geschütztes Rechtsgut genannt. Weiterhin wurde als geschützt angesehen die Lauterkeit des Wettbewerbs als solche¹³; gegen diese Auffassung hat FIKENTSCHER zu Recht vorgebracht, daß der Schutz der guten Sitten im Wettbewerb nicht Selbstzweck sei, sondern daß es dem Gesetz um einzelne Personen gehe, um deren Schutz willen sich das Gesetz auf die guten Sitten berufe¹⁴. FIKENTSCHER sieht - aufbauend auf einem zweigeteilten Persönlichkeitsschutz, der das "Habendürfen" und das "Erwerbendürfen" umfaßt¹⁵ - das einheitliche Rechtsgut in der freien und vor unlauteren Eingriffen

¹⁰ BECHER, UWG, 2. Aufl., S. 4 ff, sieht die freie gewerbliche Betätigung als geschützt an; BAUMBACH, UWG, 4. Aufl., S. 11 ff, das Recht am Unternehmen; ebenso ULMER, Sinnzusammenhänge im modernen Wettbewerbsrecht, Berlin 1932; S. 7; THIELE, Die rechtliche Beurteilung des Behinderungswettbewerbs nach § 1 UWG, Hamburg 1950, S. 14 ff; CALLMANN, Unlauterer Wettbewerb, S. 26, dieses zusammen mit anderen Rechten als "Wettbewerbsgüter"; BÖHM, Wettbewerb und Monopolkampf, Berlin 1933, S. 288, die legale Ertragschance, die dem Unternehmen nach seiner Leistungskraft in einer fairen Wettbewerbswirtschaft zukommende Rentabilität.

¹¹ H. ISAY, Das Rechtsgut des Wettbewerbsrechts, Berlin-Frankfurt 1933, S. 62.

¹² NIPPERDEY, KartR 1930, 127 ff.

¹³ So noch BAUMBACH-HEFERMEHL, 8. Aufl. 1960, Einl. UWG Rdz. 37: "Das Wettbewerbsrecht (UWG) schützt gleichmäßig die Interessen der Mitbewerber, der übrigen Marktbeteiligten und der Allgemeinheit an der Lauterkeit des Wettbewerbs"; in der 9. Aufl. Einl. UWG Rdz. 41 heißt es stattdessen "... vor einer Beeinträchtigung durch unlauteres Verhalten im Wettbewerb". Die Lauterkeit selbst soll also offenbar nicht mehr geschütztes Gut sein.

¹⁴ Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, S. 225.

¹⁵ aaO, S. 210.

gesicherten wirtschaftlichen Betätigung¹⁶. Daraus ergäbe sich zwar neben dem Schutz der Wettbewerber auch ein Schutz der einzelnen Kunden, nicht hingegen der Allgemeinheit. Nach KUMMER¹⁷ soll das Schutzgut in dem subjektiven absoluten Recht an der Wettbewerbsstellung liegen, das in der Chance besteht, zum Leistungsaustausch zu kommen. Als "Wettbewerbsstellung" bezeichnet er die Gesamtheit der "auf den gewinngerichteten Leistungsaustausch zielenden Interessen". Dieses Recht sieht KUMMER in Verwandtschaft mit dem Persönlichkeitsrecht¹⁸ und stellt es den subjektiven Rechten gleich¹⁹. Demgegenüber hat TROLLER²⁰ die wesentlichen Unterschiede zwischen dem Persönlichkeitsrecht und dem "Recht an der Wettbewerbsstellung" aufgezeigt. Außerdem ist die Wettbewerbsstellung als solche gerade nicht geschützt, das Wesen des Wettbewerbs liegt im Eindringen in die Stellung des anderen. Die Ansicht KUMMERS ist also, soweit er über einen bloßen Interessenschutz hinausgeht²¹, abzulehnen.

TROLLER verneint in Anlehnung an ROUBIER²², daß dem Schutz gegen unlauteren Wettbewerb ein spezielles Schutzgut zugrunde liege²³. Es werde nur bestimmt, welches Ver-

¹⁶aaO, S. 210.

¹⁷Anwendungsbereich und Schutzgut der privatrechtlichen Rechtssätze gegen unlautern und gegen freiheitsbeschränkenden Wettbewerb, Bern 1960, S. 87 ff.

¹⁸aaO, S. 89 ff.

¹⁹aaO, S. 99.

²⁰Immaterialgüterrecht Bd. II, Basel und Stuttgart 1962, § 59 Anm. 95.

²¹aaO, S. 88.

²²Le droit de la propriété industrielle Bd. I, Paris 1952, S. 307 ff.

²³Immaterialgüterrecht Bd. I § 8 V 2.

halten im wirtschaftlichen Wettbewerb unzulässig sei, es handle sich somit um reines Deliktsrecht.

Ein einheitliches geschütztes Rechtsgut ist in der Tat nicht ersichtlich, alle Versuche, ein solches zu finden, können deshalb nicht befriedigen, weil ein einzelnes Schutzgut niemals das UWG in seiner ganzen Breite erfassen kann. Da das UWG Personen schützt, deren Interessen häufig geradezu konträr sind, muß ein einheitliches Recht notwendigerweise einen Teil dieses Schutzes vernachlässigen. Voll erfassen kann man den Schutzzumfang des UWG nur, wenn man anerkennt, daß es einen reinen Interessenschutz bringt²⁴. Dagegen spricht nicht die Tatsache, daß dem Einzelnen ein Schutz gewährt wird, dessen Geltendmachung ihm selbst obliegt. Die Auffassung, daß ein solcher Schutz nur beim Vorliegen eines subjektiven Rechtes möglich sei, ist verfehlt; neben den subjektiven Rechten, die ihrem Wesen nach Zuweisungsrechte sind, sind durchaus noch weitere geschützte Güter und Interessen anzuerkennen²⁵.

III. Voraussetzungen der Generalklausel

1. "Geschäftlicher Verkehr"

Nach dem ausdrücklichen Wortlaut des Gesetzes findet § 1 UWG nur Anwendung auf den geschäftlichen Verkehr.

²⁴ So HUBMANN, § 4 I, V; BAUMBACH-HEFERMEHL, Einl. UWG Rdz. 40 ff; KRAFT, Interessenabwägung, S. 207.

²⁵ So schon v. TUHR, Allgemeiner Teil des BGB Leipzig 1910 Bd. I § 1 I; neuerdings RAISER, JZ 1961, 465 (472); v. CAEMMERER, Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Bd. II, S. 49 (55); Theo GUHL, Das schweizerische Obligationenrecht, 4. Aufl. Zürich 1948, § 24 I; schweiz. BGE 32 II 273 (279).

Dieser Begriff ist jedoch sehr weit auszulegen, es wird davon jedes Tätigwerden umfaßt, das in Beziehung zum Erwerbs- und Berufsleben steht. Ein Betrieb oder Unternehmen ist nicht erforderlich, insbesondere unterliegt auch die Ausübung freier Berufe dem UWG. Der Geschäftszweck kann ein beliebiger sein; erforderlich ist nicht, daß eigene geschäftliche Belange verfolgt werden, der Begriff umfaßt die geschäftliche Betätigung in ihrer Gesamtheit, es genügt also auch eine Handlung im geschäftlichen Interesse eines Dritten. Erforderlich ist jedoch eine Wirkung nach außen, rein innerbetriebliche Vorgänge gehören nicht zum Geschäftsverkehr. Ausgenommen sind auch rein private und rein amtliche Tätigkeiten, die wirtschaftliche Tätigkeit des Staates und der öffentlich-rechtlichen Körperschaften unterfällt jedoch dem UWG²⁶.

2. "Handlung zu Zwecken des Wettbewerbs"

Erste Voraussetzung ist hier das Bestehen eines Wettbewerbs, das heißt des voneinander unabhängigen Strebens mehrerer nach einem einheitlichen Ziel, wobei nur einer der Wettbewerber den Preis erringen kann. Wenn auch das UWG wirtschaftspolitisch neutral ist und den Wettbewerb als solchen nicht schützt²⁷, so setzt es doch seinem Wesen nach eine Wettbewerbswirtschaft und die Freiheit des Wettbewerbs voraus.

Wettbewerb kann nun nicht nur - worauf meist ausschließlich abgestellt wird - unter Anbietern im Kampf

²⁶Vgl. dazu HUBMANN, § 49 III; BAUMBACH-HEFERMEHL, Einl. UWG Rdz. 141; GODIN-HOTH, § 1 UWG Anm. 11 b; TETZNER, § 1 UWG Rdz. 21 ff; REIMER, Kap. 75 Anm. 2.

²⁷DÖLL, BB 1965, 173 (176) mit weiteren Nachweisen.

um die Kunden bestehen, sondern auch unter Abnehmern im Kampf um Lieferanten²⁸. Eine Handlung zu Zwecken des Wettbewerbs muß geeignet sein, dem Wettbewerber, in dessen Interesse sie vorgenommen wird, im Kampf um den wirtschaftlichen Preis (der für diesen selbstverständlich auch in einer bloßen Aufrechterhaltung seiner wirtschaftlichen Position bestehen kann²⁹) einen Vorteil zu verschaffen; daß die Handlung von einem Wettbewerber selbst vorgenommen wird, ist nicht erforderlich, auch Eingriffe Außenstehender in ein Wettbewerbsverhältnis unterliegen der Beurteilung nach § 1 UWG. Wann im einzelnen ein Konkurrenzverhältnis zu bejahen ist, kann nicht allgemein festgelegt werden. Branchengleichheit und gleiche Ebene im Wirtschaftsgebäude sind zwar Anzeichen für sein Vorliegen, sind aber nicht unbedingt erforderlich. HEFERMEHL³⁰ führt zu Recht aus, daß Wettbewerb das gleichzeitige Streben mehrerer nach der Kaufkraft der Kunden ist; sein daraus gezogener Schluß, daß heute totale Konkurrenz herrsche, geht allerdings zu weit. Die Tatsache allein, daß die Kaufkraft des Publikums begrenzt ist und somit jeder Geschäftsabschluß die Marktchancen der anderen Anbieter einschränkt, schafft noch kein relevantes Wettbewerbsverhältnis. Im Einzelfall kann aber ein solches Verhältnis bei sehr verschiedenen

²⁸ FIKENTSCHER, S. 33, sieht einen Mangel des Wettbewerbsbegriffs des UWG darin, daß der Wettbewerb unter Abnehmern nicht berücksichtigt werde. Dies ist nicht aus dem Gesetz abzuleiten, die Beschränkung erfolgte vielmehr durch die Rechtsprechung, die es hauptsächlich mit dem Kampf um Kunden zu tun hat; vom UWG wird aber auch der Kampf um Lieferanten erfaßt (so auch BAUMBACH-HEFERMEHL, Allg. Rdz. 2).

²⁹ HUBMANN, § 49 II 2 a.

³⁰ Festschrift für Nipperdey, S. 283 (290).

Waren angenommen werden, so namentlich bei Luxusgütern, da hierfür nur ein geringer Bruchteil der Kaufkraft zur Verfügung steht und die Entscheidung nicht nach Zweckmäßigkeitsgründen getroffen werden kann. Der Wettbewerb bei diesen Gütern ist dem Substitutionswettbewerb vergleichbar. Voraussetzung eines jeden Wettbewerbsverhältnisses ist selbstverständlich, daß sich die Wettbewerber an den gleichen Personenkreis wenden. Bei gewöhnlichen Ladengeschäften etwa wird also bei größerer räumlicher Entfernung niemals ein Wettbewerbsverhältnis zu bejahen sein³¹. Das Kennzeichen für einen Eingriff in ein bestehendes Wettbewerbsverhältnis ist eine Wechselwirkung zwischen dem erstrebten Vorteil und dem Nachteil des Mitbewerbers³².

Nach h. L. und ständiger Rechtsprechung muß zu diesen objektiven Umständen auch ein subjektives Moment hinzukommen, nämlich die Absicht der Förderung eigenen oder fremden Wettbewerbs auf Kosten eines oder mehrerer Mitbewerber³³. Diese Absicht wird bei Handlungen von Gewerbetreibenden dann vermutet, wenn die Handlung objektiv zur Wettbewerbsförderung geeignet ist. Rein wissenschaftliche Äußerungen sind § 1 UWG entzogen, auch wenn sie sich tatsächlich auf ein Wettbewerbsverhältnis auswirken³⁴.

³¹ RUDLOFF-BLOCHWITZ, Das Recht des Wettbewerbs, Berlin 1938, S. 55.

³² HEFERMEHL, Festschrift für Nipperdey, S. 283 (290); BAUMBACH-HEFERMEHL, Einl. UWG Rdz. 146.

³³ BAUMBACH-HEFERMEHL, Einl. UWG Rdz. 156; TETZNER, § 1 UWG Anm. 32; HUBMANN, § 49 II 2 b; ELSTER, § 1 UWG Anm. 12; RGSt 58, 429 (430); BGHZ 3, 270 (277): Constanze I; a. A. REIMER, Kap. 75 Rdz. 5.

³⁴ BAUMBACH-HEFERMEHL, Einl. UWG Rdz. 159; TETZNER, § 1 UWG Rdz. 32; BGHZ 14, 163 (171): Constanze II; BGH GRUR 1962, 34 (36): Torsana.

IV. Die "guten Sitten"

1. Sitte oder Sittlichkeit?

Der Begriff der guten Sitten ist der zentrale Begriff der Generalklausel des § 1 UWG; sie sind der Maßstab, an dem alle Wettbewerbsbehandlungen zu messen sind und der darüber entscheidet, ob eine Handlung rechtmäßig oder rechtswidrig ist.

Um die Auslegung dieses unbestimmten Rechtsbegriffes hat es heftige Kontroversen gegeben, die sich unter anderem um die Frage drehten, ob entscheidend die tatsächlich im Wirtschaftsleben befolgten Sitten sein sollen oder ob in der Gesetzesbestimmung ein ethischer Maßstab verankert sei. Die Auffassung, daß der Gesetzgeber auf die Sitte als allgemein beachtete Übung verweist, wurde hauptsächlich von HAGEN³⁵, LOBE³⁶, KIRCHBERGER³⁷ und ENDEMANN³⁸ vertreten³⁹. Eine starke Betonung der Sitte findet sich auch schon in der umfassenden Untersuchung von IHERING⁴⁰, wo insbesondere die sprachliche Entwicklung aufgezeigt wird.

³⁵GruchBeitr. 52. Jhrg. 497 (504).

³⁶GruchBeitr. 72. Jhrg. 145 ff, wo er darauf hinweist, daß die erst später erfolgte Aufteilung im Lateinischen von mores und moralitas im Deutschen von Anfang an durchgeführt worden sei; die Übersetzung von "boni mores" in "gute Sitten" könne also nur das äußere Verhalten ansprechen (S. 146).

³⁷Unlauterer, sittenwidriger und unerlaubter Wettbewerb, S. 25; ders., MuW 1933, 275 (277).

³⁸Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 8. Aufl. Berlin 1903, § 103 Anm. 6.

³⁹Neuerdings stellt v. GODIN, GRUR 1966, 127 (131), wieder ausschließlich auf die Konvention ab.

⁴⁰Der Zweck im Recht, Leipzig 1886, Bd. II, S. 20 ff. IHERING sieht in der Existenz einer Sitte schon ein Urteil über ihren Inhalt, nämlich daß er ein guter sei. "Sitte schlechthin ist die gute Sitte" (S. 22).

Dagegen wurden schon bald Stimmen laut, die in der Verweisung auf die guten Sitten einen ethischen Maßstab sehen^{41, 42}. Heute ist diese Auffassung sowohl für das bürgerliche Recht als auch das Wettbewerbsrecht die herrschende⁴³. Diese Frage kann demnach heute als abschließend geklärt angesehen werden. Daß die gegenteilige Ansicht nicht immer zu befriedigenden Lösungen führt, mußten auch schon ihre Vertreter einsehen. Wenn sich noch keine Sitte gebildet hat, so müßte ein eindeutig zu mißbilligendes Verhalten geduldet werden, da keine anwendbare Rechtsnorm vorliegt. Darauf hat NERRETER⁴⁴ hingewiesen, der den Vorschlag von HERZOG⁴⁵, in diesen Fällen auf die Anschauung der Gesamtheit zurückzugreifen, als Verweisung auf einen ethischen Maßstab erkennt.

KIRCHBERGER⁴⁶ hat dem sittlichen Volksbewußtsein insoweit eine Rolle zuerkannt, als an ihm zu prüfen sei, ob es sich um eine gute oder schlechte Sitte handelt. Dagegen

⁴¹Für das BGB vgl. JACOBI, IheringJahrb. Bd. 41, 68 (95); v. TUHR, Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts II, 2 § 70 I; ENNECCERUS-LEHMANN, Das Bürgerliche Recht, Bd. 1, 2. Aufl. Marburg 1901, § 98; OERTMANN, Allgemeiner Teil des BGB, 3. Aufl. Berlin 1927, § 138 B 1 a; RGZ 58, 219 (220).

⁴²Für das Gebiet des Wettbewerbsrechts vgl. das Gutachten von ALEXANDER-KATZ, Verhandlungen des 23. Deutschen Juristentages Bd. I, 127 (144); ROSENTHAL, Wettbewerbsgesetz, 7. Aufl. § 1 Note 15; CALLMANN, Unlauterer Wettbewerb, 1. Aufl. § 1 Rdz. 8; leidenschaftlich setzte sich KOHLER, Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie Bd. VIII, S. 330 ff, für diese Auffassung ein. Er sieht in der Überschätzung der Sitte die Ursache des moralischen Verderbs einzelner Völker.

⁴³Vgl. für das BGB SOERGEL-SCHRÄDER, 9. Aufl. § 826 Rdz. 1; ENNECCERUS-NIPPERDEY, Allgemeiner Teil des BGB, 15. Aufl. § 191 I und Anm. 5. Für das Wettbewerbsrecht vgl. FIKENT-SCHER, S. 111; HUBMANN, § 49 IV; BAUMBACH-HEFERMEHL, Einl. UWG Rdz. 53; TETZNER, § 1 Anm. 37; REIMANN, WuW 1957, 621; NERRETER, Allgemeine Grundlagen eines deutschen Wettbewerbsrechts, Berlin 1936, 32 ff.

⁴⁴Allgemeine Grundlagen, S. 32.

⁴⁵Zum Begriff der guten Sitten im BGB, Breslau, 1910, 121.

⁴⁶Unlauterer, sittenwidriger und unerlaubter Wettbewerb, S. 28

wendet sich LOBE⁴⁷, der solche Maßstäbe für überflüssig hält. Er führt aus: "Denn unsittliche Sitten sind von vornherein nicht mit der Rechtsordnung in Einklang zu bringen, da diese selbstverständlich nicht der Unsittlichkeit Vorschub leisten und Normen von Unsitten nicht zu Rechtsnormen erheben will. Schon aus diesem Grunde der Unvereinbarkeit mit der Rechtsordnung sind diese Sitten keine guten im Sinne von BGB § 826 und UWG § 1, nicht weil sie gegen Normen der Sittlichkeit oder Religion verstoßen." Der Hinweis auf die Gesamtrechtsordnung kann aber, wenn er anwendbar sein soll, nur die darin angesprochenen sittlichen Grundsätze meinen.

2. Der maßgebliche Personenkreis

Wenn nun auch geklärt ist, daß mit den "guten Sitten" die Sittlichkeit angesprochen wird, so ist die Frage, woraus die Erkenntnis der guten Sitten zu entnehmen ist, noch heute Gegenstand von Diskussionen.

a) Da das Gesetz nur auf die "guten Sitten" schlechthin verweist, ist ihm nicht zu entnehmen, die Auffassung welches Kreises dafür maßgebend sein soll. Dabei haben sich vier Ansichten herausgebildet. Die engste will lediglich auf den beteiligten Berufskreis abstellen, da dieser Dank seiner Sachverbundenheit am ehesten beurteilen könne, ob eine Handlung moralisch zu billigen oder mißbilligen sei⁴⁸. Eine zweite Auffassung hält diese Abgrenzung insbesondere wegen der Ausschaltung von Unsitten und eigen-nützigen Sitten für zu eng und stellt auf die Gesamtheit der Wettbewerbtreibenden ab⁴⁹. Eine dritte Ansicht will

⁴⁷GruchBeitr. 72. Jhrg., 153.

⁴⁸BAUMBACH, JW 1930, 1643; NIPPERDEY, JW 1930, 412.

⁴⁹RGZ 48, 114 (124); vgl. auch Art. 10^{bis} Abs. 2 Pariser-Verbandsübereinkunft in der Fassung von 1934: "Den Tatbestand unlauteren Wettbewerbs erfüllt jede Wettbewerbs-handlung, die den anständigen Gebräuchen auf dem Gebiet des Gewerbes oder des Handels zuwiderläuft;" REIMER, 74. Kap. Rdz. 1; BAUMBACH-HEFERMEHL, Einl. UWG Rdz. 56;

auch den verständigen Abnehmer einbeziehen⁵⁰; schließlich wird auch die Auffassung vertreten, daß es auf das sittlich-rechtliche Bewußtsein aller der betreffenden Rechtsordnung Unterworfenen ankomme⁵¹.

Den Vorzug verdient meines Erachtens die letztgenannte Auffassung. Da, wie oben ausgeführt, das UWG auch den Schutz der Allgemeinheit bezweckt, ist die Ansicht aller Rechtsunterworfenen heranzuziehen. HUBMANN⁵² weist auch zu Recht darauf hin, daß der Maßstab der Sittlichkeit im ganzen Recht ein einheitlicher sein muß.

b) Wenn auch grundsätzlich die sittliche Überzeugung des ganzen Volkes Maßstab ist, so kann doch der davon abweichenden Überzeugung der betroffenen Kreise (auf der Anbieter- und Abnehmerseite) nicht jede Bedeutung abgesprochen werden. Diese Bedeutung wird umso größer sein, je spezieller die zu entscheidende Frage ist bzw. wenn es sich um Handlungen dreht, die nicht die Allgemeinheit berühren. In diesen Fällen ist dem allgemeinen Sittlichkeitsgefühl meist gar keine Antwort zu entnehmen, weil Sachkenntnis unbedingt erforderlich ist. Dabei können dann verschiedene Auffassungen der sich gegenüberstehenden Gruppen oder auch innerhalb einer Gruppe bestehen, die

HEINTZ, NJW 1952, 1005 (1006); BGH GRUR 1957, 558 (559): Bayern-Express, wo darauf hingewiesen wird, daß das wegen der erforderlichen Fachkenntnis häufig auf die Anschauung der Berufsstandesgenossen hinausläuft; RG JW 1927, 1574 (1575); BGHZ 15, 356 (364): progressive Kundenwerbung.

⁵⁰RGZ 145, 396 (399); RG JW 1936, 806; FIKENTSCHER, S. 112.

⁵¹HUBMANN, § 49 IV; KRAFT, Interessenabwägung, S. 134; NERRETER, Allgemeine Grundlagen, S. 39; BGH GRUR 1955, 541 (542): Bestattungsvertrag; RGZ 66, 143 (148).

⁵²§ 49 IV.

alle einen mittleren und nicht etwa einen überspitzten Maßstab enthalten. Es kann sich aber auch in sonstigen Fällen innerhalb eines beteiligten Kreises eine sittliche Überzeugung gebildet haben, die von der allgemeinen Auffassung abweicht, sei es, daß sie laxer oder strenger ist. Für die Ermittlung solcher Sonderanschauungen sind die tatsächlich herrschenden Sitten von großer Bedeutung, da sich in ihnen ausdrückt, was in den betreffenden Kreisen für gut gehalten wird⁵³. Bei einem derartigen Widerstreit ist nach herrschender Ansicht die strengere Auffassung entscheidend⁵⁴. Dieser Ansicht ist beizupflichten; einerseits ist ausgeschlossen, daß eine überspitzte Moral als Maßstab dient, denn es ist ja nur die durchschnittliche Auffassung einer größeren Gruppe zu beachten. Andererseits ist nur eine strengere Auffassung bedeutungsvoll, was sicherstellt, daß das grundsätzlich entscheidende Sittlichkeitsbewußtsein des ganzen Volkes nicht verletzt wird.

V. Versuche einer Systematisierung

1. Die einzelnen Einteilungsversuche

Für die Auslegung der Generalklausel des § 1 UWG wurde immer wieder der Versuch unternommen, eine klare Systematik in diese einzuführen und damit die Vielzahl der Wettbewerbs-handlungen in einzelne Gruppen einzuordnen. Angesprochen ist damit nur eine grundsätzliche Systematik, nicht etwa die Vielzahl von Normentatbeständen, die im Laufe der Jahre von der Rechtsprechung und der Literatur herausgearbeitet worden sind und an Hand deren heute meist die Entscheidungen nach § 1 UWG getroffen werden⁵⁵.

⁵³DROSTE, Betrieb 1956, 789.

⁵⁴BAUMBACH-HEFERMEHL, Einl. UWG Rdz. 57; FIKENTSCHER, S. 113; BGH GRUR 1955, 541 (542): Bestattungsvertrag.

⁵⁵Vgl. dazu die meines Erachtens berechtigte Kritik von BUSSMANN, GRUR 1963, 203.

LOBE⁵⁶ unterteilt die unlauteren Wettbewerbshandlungen in das Einführen von Bedingungen, die an und für sich nicht unmittelbar der eigenen Erwerbstätigkeit dienen und die Beeinflussung des Willens des Kunden durch andere Mittel, als durch die eigenen gewerblichen Leistungen. KOHLER⁵⁷ teilt in (objektive und subjektive) Irreleitung und Feindseligkeiten. CALLMANN⁵⁸ bringt eine Dreiteilung in Leistungswettbewerb, Suggestionswettbewerb, worunter er die Einwirkung auf die öffentliche Meinung versteht und den Gewaltwettbewerb durch unmittelbare Bedrängung des Mitbewerbers. NERRETER⁵⁹ tritt für eine Auflösung der Generalklausel in drei Normen ein, die die ungehörige Beeinflussung, die ungehörige Behinderung und die ungehörige Ausnutzung zum Gegenstand haben sollen. Diese Einteilung wird im wesentlichen von ULMER⁶⁰ und von BÜREN⁶¹ übernommen. HEFERMEHL⁶² teilt die Wettbewerbsverstöße ein in Kundenfang, Behinderung, Ausbeutung und Vorsprung durch

⁵⁶Unlauterer Wettbewerb als Rechtsverletzung, S. 47.

⁵⁷Unlauterer Wettbewerb, § 9.

⁵⁸Wettbewerbsrecht, S. 20.

⁵⁹Allgemeine Grundlagen eines deutschen Wettbewerbsrechts, S. 106 ff; ders., GRUR 1937, 167.

⁶⁰GRUR 1937, 769 (771). ULMER ersetzt jedoch den Begriff der ungehörigen Beeinflussung durch "ungehörigen Vorsprung".

⁶¹Kommentar zum Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb, Zürich 1957, S. 35 ff. Als weitere Gruppe fügt von BÜREN "Rechtsbruch und Benützung von solchem" hinzu.

⁶²BAUMBACH-HEFERMEHL, Einl. UWG Rdz. 102 ff.

Rechtsbruch. KRAFT⁶³ unterscheidet zwischen der Beeinträchtigung oder dem Ausschluß der Entscheidungsfreiheit des Marktpartners, der Behinderung der Tätigkeit des Mitbewerbers, dem Verstoß gegen den wettbewerblichen Gleichheitsgrundsatz und dem Rechtsmißbrauch im engeren Sinn.

2. Leistungs- und Nichtleistungswettbewerb

Grundlegende Bedeutung hat die von NIPPERDEY⁶⁴ getroffene Unterscheidung zwischen Leistungs- und Behinderungswettbewerb erlangt. Der Begriff des "Behinderungswettbewerbs" hat sich allerdings als zu eng erwiesen, im Anschluß an BÖHM⁶⁵ wird deshalb heute dem Leistungswettbewerb der Nichtleistungswettbewerb gegenübergestellt⁶⁶. Die Bedeutung des Leistungsprinzips ist heute allgemein anerkannt⁶⁷, die Versuche, zu einer weiteren systematischen Untergliederung zu kommen, beschäftigen sich nur mit dem Nichtleistungswettbewerb.

Mit dem Leistungsprinzip wurde der maßgebliche Gesichtspunkt gefunden, an dem sich entscheidet, welche Beeinträchtigungen im Kampf um den Kunden ohne weitere Prüfung hingenommen werden müssen. Da der Wettbewerb da-

⁶³Interessenabwägung, S. 274 ff.

⁶⁴KartR 1930, 127 (140 ff).

⁶⁵Wettbewerb und Monopolkampf, S. 74.

⁶⁶HUBMANN, § 49 IV 2; BAUMBACH-HEFERMEHL, Einl. UWG Rdz. 70; von NELL-BREUNING, WuW 1952, 371 ff.

⁶⁷Vgl. außer den bereits Genannten auch THIELE, Die rechtliche Beurteilung des Behinderungswettbewerbs, Hamburg 1950; BENISCH, WuW 1955, 421 ff; HERBER, Leistungswettbewerb und Preisunterbietung, Köln 1956; MÖHRING, WuW 1954, 387; RGZ 134, 342 (352): Tankstelle; BGHZ 34, 264 (270): Progressive Kundenwerbung; BGH GRUR 1959, 285 (286): Bienenhonig.

durch gekennzeichnet ist, daß immer nur einer der Mitbewerber das von mehreren angestrebte Ziel erreichen kann, führt ein Wettbewerbsverhältnis ständig zur Verletzung von schutzwürdigen Interessen der Mitbewerber; diese Beeinträchtigungen müssen jedoch als dem Wettbewerb wesens-eigen hingenommen werden, solange sich der Verletzer an die "Spielregeln" hält. Der Inhalt dieser Spielregeln wird für den wirtschaftlichen Wettbewerb durch das Leistungsprinzip festgelegt. Dieses erfordert, daß ausschließlich die bessere Leistung den Sieg erringen soll, die größere wirtschaftliche Leistungskraft soll honoriert und alle Umstände, die den reinen Leistungsvergleich verfälschen, sollen ausgeschaltet werden. Die bessere Leistung erbringt dabei derjenige, der das insgesamt gesehen (insbesondere im Hinblick auf Qualität, Preis, Kundendienst und Werbung⁶⁸) bessere Angebot macht. Wettbewerbs-handlungen, die sich nicht auf die zum Vergleich stehende Handlung beschränken oder den Leistungsvergleich erschweren, sind dem Nichtleistungswettbewerb zuzurechnen. Verletzungen durch solche Handlungen sind nur dann lauter, wenn sie durch ein höher zu bewertendes Interesse des Verletzers gedeckt sind⁶⁹.

3. Die Einordnung der Warenproben

Warenproben dienen dem Zweck, dem umworbenen Verbraucher ein selbständiges, unbeeinflusstes Urteil über die

⁶⁸HUBMANN, § 49 IV 1 a; BAUMBACH-HEFERMEHL, Einl. UWG Rdz. 71; NIPPERDEY, WuW 1954, 211 (216); ISAY, WuW 1954, 557 (577), der noch die weiteren Kriterien Forschungsarbeit, betrieblicher Fortschritt und Vereinfachung des Absatzes hinzufügt.

⁶⁹HUBMANN, § 49 IV 2.

Ware zu ermöglichen. Es wird damit nicht etwa der Zweck verfolgt, den Empfänger durch den Wert der Gabe zu einem Kauf zu bewegen; auch ist die Warenprobe ihren Wesen nach nicht dazu bestimmt, den Konkurrenten unmittelbar einen Nachteil zuzufügen, sondern dazu, dem Werbenden einen Vorteil zu verschaffen. Diese Werbung für eine Ware durch die Ware selbst entspricht voll dem Leistungsprinzip, ja sie kann als das Werbemittel angesehen werden, das dem Leistungswettbewerb am meisten adäquat ist. Die klassische Werbung spricht nur über die Ware, sie kann dem Umworbenen kein objektives Bild verschaffen, da der Werbende selbstverständlich nur die guten Eigenschaften - und diese häufig übertrieben - herausstellt. Demgegenüber stellt die Warenprobe die natürlichste und wahrste Form der Werbung dar, da nur die Ware selbst spricht, eine prahlerische oder gar täuschende Werbung also ausgeschlossen ist⁷⁰.

Die Werbung mit Warenproben ist demnach grundsätzlich dem Leistungswettbewerb zuzuordnen⁷¹, nur beim Hinzutreten besonderer Umstände, die im folgenden zu untersuchen sind, kann sie als Maßnahme des Nichtleistungswettbewerbs angesehen werden.

⁷⁰SEYDEL, MA 1956, 83 (88).

⁷¹Das ist allgemeine Meinung; auch soweit das Verschonen von Waren als unlauter angesehen wird, wird Warenproben eine Sonderstellung eingeräumt. Vgl. RG GRUR 1936, 810 ff: Diamantine; RG GRUR 1938, 849 ff: Eiformbriketts; REIMER, Kap. 82 Anm. 10; MICHEL-WEBER-GRIES, § 1 Anm. 16.

§ 10 Schutz der Interessen des Publikums

I. Verstoß gegen den Wahrheitsgrundsatz

1. Allgemeines

Dem Grundsatz der Wahrheit in der Werbung kommt eine überragende Bedeutung zu¹. Die Beachtung dieses Grundsatzes ist zwar hauptsächlich im Interesse des Publikums zu fordern, das vor einer Täuschung durch unwahre Angaben geschützt werden soll. Jedoch dient dieser Grundsatz auch dem Schutz der Mitbewerber, insbesondere in den Fällen, in denen die Werbung Äußerungen über sie oder ihre Waren enthält². Schließlich liegt die Befolgung dieses Grundsatzes auch im eigenen geschäftlichen Interesse des Werbetreibenden, da eine täuschende Reklame höchstens zu einem einmaligen Geschäftsabschluß, niemals aber zu einer dauerhaften Verbindung führen kann³.

Eine Verletzung des Wahrheitsgrundsatzes liegt immer dann vor, wenn die Gefahr der Irreführung des Publikums besteht. Es ist also einerseits nicht jede objektiv unwahre Behauptung unlauter, man denke nur an ganz offen-

¹Hans FREIBERGER, Der Wahrhaftigkeitsgrundsatz und die Pflicht zur Wahrhaftigkeit im Wettbewerbsrecht, Frankfurt 1938, insbesondere S. 15 ff; BAUMBACH-HEFERMEHL, § 1 UWG Rdz. 5; GODIN-HOTH, § 3 UWG Anm. 1; HUBMANN, § 50 III 1; TETZNER, UWG § 1 Rdz. 62; TROLLER, Der Schweizerische gewerbliche Rechtsschutz, Basel 1948, § 2; BGH GRUR 1957, 491 (493): Wellaform.

²Vgl. § 14 UWG.

³MARBE, Psychologie der Werbung, S. 119.

sichtlich übertriebene Behauptungen; andererseits kann auch eine objektiv wahre Behauptung unlauter sein, wenn sie geeignet ist, einen Irrtum hervorzurufen, etwa durch den Zusammenhang, in dem sie erfolgt⁴.

2. Echtheit der Probe

Das Wahrheitsprinzip erfordert für die Werbung mit Warenproben vor allem, daß die ausgeteilten Proben qualitätsmäßig voll der entgeltlich vertriebenen Ware entsprechen. Es wäre ein Verstoß gegen § 1 UWG, wenn für diesen Zweck eine verbesserte Ware hergestellt würde. Diese Forderung nach Echtheit der Probe wird wohl allgemein als selbstverständlich angesehen, so daß sie nicht mehr ausdrücklich erwähnt wird; es ist auch kein Fall aus der Praxis bekannt geworden, in dem dagegen verstoßen wurde.

3. Falsche Ankündigung

a) Wesentlich schwieriger sind die Fragen, die mit falschen Ankündigungen bzw. Begleitschreiben zusammenhängen. Da stets die gesamten Umstände einer Werbeaktion ausschlaggebend sind, können auch solche Äußerungen eine Verteilung von Warenproben als unsittlich abstempeln.

Die Verteilung von Warenproben wird häufig in einer Form betrieben, die eine Mitwirkung des Umworbenen erfordert, um so die Werbung weitgehend auf tatsächliche Interessenten zu beschränken. Dabei kommen in Betracht die Anforderung der Probe durch den Kunden beim Werbenden, meist mittels eines beigelegten Gutscheins, oder die Aushändigung der Probe durch die Einzelhändler auf ausdrückliches

⁴ FREIBERGER, S. 19; BAUMBACH-HEFERMEHL, Übersicht vor § 3 UWG Rdz. 5.

Verlangen hin. In diesen Fällen muß aber das Publikum auf die Werbeaktion hingewiesen werden. Diese Ankündigung ist Teil der gesamten Werbeaktion; wenn sie die Gefahr der Irreführung in sich birgt, führt das zur Unlauterkeit der Verteilung der Proben.

b) Der Wahrheitsgrundsatz fordert von solchen Ankündigungen vor allem, daß für den Umworbenen klar ersichtlich ist, welche Verpflichtung er mit der Absendung des Gutscheins oder einer sonstigen Probeanforderung eingeht.

aa) Fast immer wird stark herausgestellt, daß die Proben kostenlos erhältlich sind. Dabei ist dann zu fordern, daß für den Besteller keinerlei finanzielle Aufwendungen entstehen.

Die Rechtsprechung hat früher weniger strenge Anforderungen gestellt; so hat das RG ausgeführt, das Wort "gratis" sei nur ein ungenaues Schlagwort, es sei anzunehmen, daß ein unbefangener Leser nicht auf eine solche Überschrift vertraue, sondern die ganze Anzeige aufmerksam lese⁵. Schon bald hat das RG aber diesen Standpunkt aufgegeben und ausgeführt, daß durch das Wort "gratis" zum Ausdruck komme, daß keinerlei Aufwendungen, gleich welcher Art, entstehen⁶.

Im Interesse des Schutzes des Publikums verdient diese strengere Ansicht Zustimmung. Das Publikum wird sich häufig darauf verlassen, daß die in der Überschrift enthaltene Aussage richtig ist und nicht damit rechnen, daß eine Einschränkung oder ein anderes wesentliches Moment klein gedruckt am Ende einer solchen Anzeige steht. Durch das starke Herausstellen eines vorteilhaften Gesichtspunktes besteht die Gefahr einer Täuschung des Publikums auch dann, wenn die Einschränkung in derselben Anzeige enthalten ist.

⁵RG JW 1928, 2364 ff: Brehms Tierleben.

⁶RG GRUR 1930, 337 ff: Schiller-Gedächtnisausgabe.

Ob durch die Verwendung der Worte "kostenlos" oder "gratis" die Gefahr einer Irrtumserregung entsteht, wenn die Kosten für Porto oder Verpackung vom Besteller der Probe zu tragen sind, hängt vom Gesamteindruck der Ankündigung ab, kann also nur jeweils im Einzelfall entschieden werden.

bb) Ein weiteres Moment, das häufig die Gefahr einer Irreführung begründet, ist die Bezeichnung der Probengewährung als "unverbindlich". Wenn eine Probe so angekündigt wird, muß sich der Umworbene darauf verlassen können, daß aus der Probebestellung für ihn keinerlei Verpflichtungen entstehen. Es muß sichergestellt sein, daß die Erprobung unbeeinflusst vorgenommen werden kann und ein eventueller Kaufentschluß nach der Erprobung selbständig gefaßt werden muß. Diese Entschlußfassung kann selbstverständlich auch darin zum Ausdruck kommen, daß der Probeempfänger die Abbestellung unterläßt. Es kann nicht ohne weiteres als unlauter angesehen werden, wenn eine Probebestellung als Bestellung einer Ware, bzw. bei Bücher- und Schallplattenclubs als Beitritts-~~erklärungs~~ aufgefaßt wird, wenn nicht innerhalb einer angemessenen Frist nach Erhalt der Probe eine Abbestellung erfolgt. Da die Probe nur auf Anforderung gegeben wird, entsteht zwischen Werbenden und Umworbene ein engeres Verhältnis, in dessen Rahmen ein aktives Tun zugemutet werden kann. Allerdings muß sich dies deutlich aus der Anzeige ergeben und die Bezeichnung "unverbindlich" darf nicht besonders herausgestellt werden, da dadurch die Aufmerksamkeit des Lesers von der Nebenbestimmung abgelenkt wird⁷. Die Verwendung dieses Aus-

⁷ Diese Ansicht hat auch der Gutachterausschuß in seinem Gutachten Wettbewerb 1964, 29 f vertreten; in diesem Fall wurde groß die Zusendung eines Lehrbriefes "gratis und portofrei" angekündigt. Am Schluß der Anzeige stand dann der Satz: "Wenn Sie dann aus irgendeinem Grund nicht weiterlernen wollen, brauchen Sie es uns nur mitzuteilen und wir schicken keine Briefe mehr." Der Gutachterauss-

druckes in diesen Fällen kann noch hingenommen werden; es handelt sich rechtlich um den Abschluß eines Kaufvertrages unter einer auflösenden Bedingung. Da diese Bedingung vom Besteller selbst herbeigeführt werden kann, entsteht für ihn tatsächlich noch keine endgültige Verbindlichkeit, die Verwendung des Ausdruckes "unverbindlich" kann in diesen Fällen also noch nicht als unlauter angesehen werden.

Wenn allerdings eine Verpflichtung noch nicht aus der Ankündigung ersichtlich ist, sondern erst später bei der Probengewährung angekündigt wird, daß ein Schweigen innerhalb einer bestimmten Frist als Bestellung aufgefaßt wird, so wird die ursprüngliche Ankündigung einer unverbindlichen Probengewährung unwahr. Allerdings entsteht bei einem derartigen Verhalten für den Umworbenen keine rechtliche Verpflichtung zur Abnahme, denn diese Erklärung stellt einen bloßen Antrag auf Vertragsschluß dar, der durch bloßes Schweigen grundsätzlich nicht als angenommen gilt, die Annahme muß vielmehr nach außen erkennbar erfolgen⁸. Wenn demnach eine Warensendung erfolgt, so handelt es sich um eine Zusendung unbestellter Waren⁹; da aber beim rechtsunkundigen Publikum vielfach der Eindruck erweckt wird, zur Abbestellung oder zur Abnahme verpflichtet zu sein, liegt eine täuschende Reklame vor.

schuß hat ausgeführt, daß der Durchschnittsleser über den Umfang seiner Verpflichtung getäuscht werde; deshalb müsse auf diesen Fall auch das Institut "Zusendung unbestellter Waren" Anwendung finden. Dem Gesichtspunkt der Täuschung des Publikums kommt in diesem Fall aber m. E. der Vorrang zu.

⁸ ERMAN-HEFERMEHL, § 151 BGB Anm. 4.

⁹ Vgl. dazu unten II 3 b.

Zu diesem Ergebnis ist auch das OLG Düsseldorf gelangt¹⁰. In diesem Fall war angekündigt worden, daß ein EBbesteck unverbindlich 4 Wochen zur Probe überlassen wird. Auf die entsprechende Anforderung hin erschien ein Vertreter, der die Überlassung des Bestecks vom vorherigen Abschluß eines Kaufs auf Probe abhängig machte. In diesem Verlangen sah das OLG ein Unlauterkeitsmerkmal; nach der Annonce konnten die Besteller nur mit der Verpflichtung zur Aufbewahrung, pfleglichen Behandlung und Rücksendung rechnen. Da sie aber bei bloßer Fristversäumnis schon zur endgültigen Abnahme verpflichtet waren, lag in der Bezeichnung "völlig unverbindlich" eine Täuschung über die tatsächlichen Verpflichtungen.

II. Psychologische Beeinflussung

1. Allgemeines

Eine psychologische Beeinflussung des Umworbenen ist jeder Werbung immanent, es ist ja gerade ihr Ziel, die Entschließung des Kunden zu beeinflussen. Eine derartige Beeinflussung bringt auch jede Schenkung zu Werbezwecken mit sich. MARBE¹¹ führt sie darauf zurück, daß eine Grattisleistung der allen Menschen eigenen Habsucht entgegenkomme. Außerdem werde die freiwillige Leistung als ein Entgegenkommen des Werbenden verstanden, das den Wunsch nahelege, auch seinerseits entgegenzukommen. Der Werbewert sei demnach umso größer, je mehr der Geschenkcharakter in die Augen springe und je mehr der Beschenkte den Gegenstand begehre.

¹⁰BB 1965, 883 ff.

¹¹Psychologie der Wertreklame, S. 14 ff.

Wenn nun auch die psychologische Beeinflussung Ziel jeder Werbung und per se sicher nicht unlauter ist, so wird sie doch bei einer Übersteigerung unlauter, da dann die Entscheidungsfreiheit des Umworbene ernstlich beeinträchtigt wird. Für die Werbung mit Geschenken wurden die Wertübersteigerung des Werbegeschenks und die Kontaktübersteigerung als Unlauterkeitsmerkmale herausgearbeitet¹².

2. Wertübersteigerung des Werbegeschenks

Dieses Unlauterkeitsmerkmal wird meist als "moralischer Kaufzwang" bezeichnet¹³. Seine Besonderheit beruht darin, daß der Umworbene durch die Zuwendung des Geschenks verpflichtet wird, anstandshalber aus einem Dankbarkeitsgefühl heraus zu kaufen, die sachliche Entscheidung wird also verdrängt. Wann eine solche unsachliche Beeinflussung vorliegt, kann immer nur im Einzelfall entschieden werden. Maßgeblich sind hauptsächlich folgende Gesichtspunkte: Wert, Zweck und Anlaß der Zuwendung, Person des Gebers und Empfängers sowie deren Beziehung, Art der Verteilung und Üblichkeit¹⁴.

Nach alldem kann dieser Gesichtspunkt nicht zur Unlauterkeit der Werbung mit Probegaben führen. Dies folgt schon aus dem geringen Wert, der selbst bei der Verteilung von Originalwaren selten ausreichen wird, um Dankbarkeitsgefühle zu wecken; zum anderen sind Warenproben allgemein üblich. Der entscheidende Gesichtspunkt ist aber der Probezweck. Durch diesen wird die Werbewirkung des Wertes der Zuwendung in den Hintergrund gerückt, es wird ersichtlich, daß nicht dieser, sondern die Qualität der Ware werben soll. Das wird auch im Schrifttum allgemein anerkannt¹⁵.

¹²BURMANN, II 325 S. 3 ff.

¹³BAUMBACH-HEFERMEHL, § 1 UWG Rdz. 95; GODIN-HOTH, § 1 ZugVO Anm. 16.

¹⁴BURMANN, aaO; BAUMBACH-HEFERMEHL, aaO.

¹⁵GODIN-HOTH, § 1 ZugVO Anm. 16; BAUMBACH-HEFERMEHL, § 1 UWG Rdz. 109; BURMANN, II 365 S. 1.

3. Kontaktübersteigerung

a) Grundsätzlich kein "unlauteres Anreißen"

Die psychologische Beeinflussung des Kunden durch Kontaktübersteigerung wird meist unter dem Schlagwort "unlauteres Anreißen" behandelt¹⁶. Eine Kontaktübersteigerung liegt dann vor, wenn ein an sich neutraler Anlaß dazu benützt wird, den Kunden, der im Vertrauen auf die Unverbindlichkeit vom Angebot Gebrauch macht, einer intensiven, aufdringlichen Werbung auszusetzen und zu versuchen, ihn zu überrumpeln. Das vorteilhafte Angebot ist also nur dazu bestimmt, mögliche Abnehmer auszukundschaften und diese dann besonders intensiv zu bearbeiten.

In der Gewährung von Warenproben liegt selbst dann kein "unlauteres Anreißen", wenn die Probe ausdrücklich bestellt oder in einem Geschäft abgeholt werden muß. Das Publikum ist an die Gewährung von Proben gewöhnt und fühlt sich durch die räumliche Verbindung der Probenabgabe mit einer Verkaufsstelle nicht zu einem Kauf genötigt. Gutscheine werden praktisch wohl immer beim bekannten Kaufmann anläßlich eines ohnehin geplanten Einkaufs eingelöst. Es muß jedoch auch hier wieder auf die Gesamtumstände des Einzelfalles abgestellt werden, beim Vorliegen besonderer Verhältnisse kann eine Kontaktübersteigerung eintreten.

b) Zusendung unbestellter Waren

Ein typischer Fall des Anreißens ist die Zusendung unbestellter Waren mit der Aufforderung, entweder den Kaufpreis zu entrichten oder die Ware zurückzuschicken.

¹⁶ REIMER, Kap. 82 Rdz. 1; GODIN-HOTH, § 3 UWG Anm. 17; TETZNER, UWG § 1 Anm. 70; BAUMBACH-HEFERMEHL, § 1 UWG Rdz. 86.

Bei der Probengewährung selbst kann diese Beurteilung niemals eingreifen, weil ja eine Schenkung vorliegt; jedoch können besondere Umstände im Einzelfall dazu führen, daß eine Werbeaktion mit Probegaben aus diesem Grund unlauter wird.

Eine solche Beurteilung ist dann angezeigt, wenn nicht bereits in der Probeankündigung, sondern erst in einem Begleitschreiben, das mit der Probe versandt wird, darauf hingewiesen wird, daß - falls nicht innerhalb eines bestimmten Zeitraumes eine Abbestellung erfolgt - eine Bestellung unterstellt und reguläre Ware zugesandt wird.

Zwar vermag ein solcher Hinweis keinerlei Rechtsfolgen zu entfalten, da ja hier die Bestellung der Probe durch den Kunden gerade nicht gleichzeitig den Abschluß eines bedingten Kaufvertrages enthält; das Begleitschreiben ist lediglich ein Angebot des Werbenden auf Vertragsschluß. Das Schweigen auf ein Angebot ist grundsätzlich nicht als Annahme auszulegen¹⁷, eine einseitige Festlegung dieser Rechtsfolge ist nicht möglich. Auch kann aus der Probenbestellung keine Treuepflicht für ein aktives Handeln hergeleitet werden. Ein Kaufvertrag kommt demnach nicht zustande. Wenn nun der Werbende auf das Schweigen hin reguläre Handelsware verschickt, so ist eine solche Sendung nach den Grundsätzen über die Zusendung unbestellter Waren zu behandeln.

Daß die Zusendung unbestellter Waren grundsätzlich unlauter ist, ist in Rechtsprechung¹⁸ und Literatur¹⁹ aner-

¹⁷Vgl. statt aller ERMAN-HEFERMEHL, § 151 BGB Anm. 4.

¹⁸BGH GRUR 1959, 277 ff: Künstlerpostkarten; BGH GRUR 1960, 382 ff: Verbandstoffe; LG München Wettbewerb 1955, 35 f.

¹⁹BAUMBACH-HEFERMEHL, § 1 UWG Rdz. 89; GODIN-HOTH, § 1 UWG Anm. 19; GREIFELT, WRP 1955, 120 ff; HUBMANN, § 50 III 2; Gutachten des Sonderausschusses JW 1935, 3284.

kannt. Der Grund der Unlauterkeit ist hauptsächlich in der Belästigung der Empfänger, der diesen aufgebürdeten Aufbewahrungs- und Rückgabeverpflichtung zu sehen. Ganz entscheidend fällt aber auch das anreißerische Moment ins Gewicht; der Empfänger wird häufig, um allen Unannehmlichkeiten aus dem Weg zu gehen, die Ware bezahlen, also einen Kauf tätigen, zu dem er sich aus rein sachlichen Erwägungen heraus nicht entschlossen hätte; schließlich kann bei Rechtsunkundigen leicht die irrtümliche Meinung entstehen, daß sie zur Abnahme verpflichtet seien, ein Umstand, auf den bei derartigen Werbe- und Absatzmethoden zweifellos spekuliert wird.

Diese Unlauterkeit wird nicht dadurch beseitigt, daß der Versendung der Ware zunächst eine Probenlieferung vorangeht, mit der zugleich die Versendung angekündigt wird. Damit wird zwar die Möglichkeit geboten, die Zusendung der Ware durch eine entsprechende rechtzeitige Mitteilung zu verhindern, wodurch aber keineswegs eine unzumutbare Belästigung des Publikums ausgeschlossen wird. Wenn diese Abbestellung (vielleicht versehentlich) unterbleibt, so besteht bei einem juristischen Laien durch die Ankündigung sogar verstärkt die Gefahr, daß er sich zur Abnahme und Bezahlung der Ware verpflichtet fühlt; besonders groß ist die Gefahr eines derartigen Irrtums dann, wenn die Probe nur auf einen entsprechenden Wunsch hin gewährt wurde.

Daß sich die Unlauterkeit dieser Absatzmethode der vorausgehenden Werbung durch Warenproben mitteilt und auch diese selbst unlauter macht, ist im letzteren Fall besonders offenkundig. Die Ankündigung von Warenproben dient in diesem Fall nur dem Zweck, die Anschrift von Interessenten der vertriebenen Ware zu ermitteln und dann die anschließende unlautere Absatzmethode in möglichst Erfolg versprechender Weise durchführen zu können. Damit

wird deutlich, daß es sich um eine einheitliche Aktion handelt, die nicht in die beiden Bestandteile (lautere) Verteilung von Warenproben und (unlautere) Versendung von Waren aufgeteilt werden kann.

Nicht anders verhält es sich aber bei der zweiten Fallgestaltung, auch hier wird durch das Begleitschreiben eine derart enge Verbindung hergestellt, daß nur eine einheitliche rechtliche Beurteilung möglich ist. Die Anwendung dieser Grundsätze ist bei unverlangt zugeschickten Proben immer geboten; bei Probesendungen, die nur auf Anforderung hin vorgenommen werden, ist die Unlauterkeit dann nicht gegeben, wenn bereits die Ankündigung der Probe deutlich darauf hinweist, daß die Probenbestellung als Bestellung der Hauptware angesehen wird, wenn nicht innerhalb einer bestimmten Frist eine Abbestellung erfolgt²⁰. In diesen Fällen führt die Bestellung der Probe zum Abschluß eines auflösend bedingten Kaufvertrages. Da der Besteller über diese Rechtsfolge nicht getäuscht wird, kann dieses Verhalten nicht als unlauter bewertet werden. Insbesondere liegt auch keine unzumutbare Belästigung des Publikums vor, da ja der Besteller der Probe bewußt die Mühe der Abbestellung der Warenlieferung auf sich nimmt.

c) Herbeiführung eines sofortigen Kaufentschlusses

Eine anreißerische Werbung liegt ebenfalls dann vor, wenn eine Probegewährung angekündigt wird und die Interessenten, die die Probe abholen wollen, in ein eingehendes Werbe- und Verkaufsgespräch verwickelt werden bzw. wenn die angeforderte Probe nicht, wie zu erwarten, mit der Post oder durch Boten zugestellt wird, sondern ein Vertreterbesuch erfolgt.

²⁰vgl. oben I 3 b.

Wenn Proben angekündigt werden, so verläßt sich das Publikum darauf, daß es die Ware in aller Ruhe und unbeeinflußt prüfen kann. Wird nun bei Gelegenheit der Probengewährung ein Verkaufsgespräch begonnen, so wird vom Kunden eine Entscheidung gefordert, ehe er von der Möglichkeit der Erprobung Gebrauch machen konnte. Dabei ist er insofern einer besonderen Zwangslage ausgesetzt, als er sich dem Gespräch nicht mit Hinweis auf fehlendes Interesse an der Ware entziehen kann, denn durch den Wunsch nach der Probe hat er ja sein Interesse bereits geoffenbart. Ein solches Verhalten ist deshalb als unlauter anzusehen, da es letztlich nicht die Erprobung der angebotenen Ware, sondern das Anlocken von möglichen Kunden zum Ziel hat. Das Publikum wird überrumpelt und es wird häufig, um dieser unvorhergesehenen Belästigung zu entgehen, ein Kauf getätigt.

In diesen Fällen muß auch regelmäßig das Vorliegen eines echten Probezweckes verneint werden; dadurch, daß der Kunde zu einer sofortigen Entscheidung gedrängt wird, wird ja die Entfaltung der speziellen Werbewirkung der Warenprobe vereitelt.

Eine derartige enge Verbindung einer Probengewährung mit einem Verkaufsgespräch ist demnach unlauter²¹.

²¹So auch OLG Düsseldorf BB 1965, 883 ff; Gutachterausschuß 5/1959.

§ 11 Schutz der Interessen der Mitbewerber

I. Marktsättigung und Nachahmungsgefahr

1. Die Marktsättigung in der Rechtsprechung des RG
und des BGH

Die Frage, ob eine Werbeaktion mit Warenproben dann unlauter ist, wenn sie zu einer Marktsättigung führen kann, ist heute wohl das zentrale Problem bei der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung von Warenproben¹. In diesem Zusammenhang erlangt auch Bedeutung, ob die Gefahr, daß Mitbewerber die Werbung nachahmen, bei der Beurteilung der ursprünglichen Werbeaktion eine Rolle spielt.

a) Die Rechtsprechung des RG

Bereits in der Rechtsprechung des RG wurde diesen Fragen Bedeutung zuerkannt. So wurde das Diamantine-Urteil darauf gestützt, daß die Mitbewerber zu gleich wirksamen Werbemaßnahmen greifen müssen, um nicht zu unterliegen; das aber sei im gegebenen Fall bedenklich, weil die Werbung allgemein gültigen Grundsätzen wirtschaftlicher Betriebsführung nicht entspreche und zu einer unangemessenen, übertriebenen Belastung der Wirtschaft führe, deren Nachteile letzten Endes die Allgemeinheit zu tragen habe². Diese Ausführungen wurden im Persil-

¹Dabei spielt allerdings nur die Werbung mit Originalwaren eine Rolle; soweit kleine, besonders hergestellte Probepackungen verteilt werden, wird auch eine Massenaktion nicht beanstandet (BGHZ 23, 365 (368): Suwa).

²GRUR 1936, 810 (812).

Urteil³ und im Lockenwickler-Urteil⁴ bestätigt. Das RG hat zwar niemals von einer Marktsättigung gesprochen, aber doch von einer, der Volkswirtschaft abträglichen, Bedarfsdeckung⁵, was im Ergebnis das gleiche ist.

b) Die Rechtsprechung des BGH

Der BGH ist der volks- und betriebswirtschaftlichen Argumentation zunächst gefolgt⁶. Schon bald jedoch ist er davon ausdrücklich abgerückt⁷. Dennoch ist der BGH zu dem Ergebnis gelangt, daß die Verteilung von Originalware zur Erprobung dann unlauter sei, wenn sie örtlich und zeitlich konzentriert durchgeführt werde; die örtliche Konzentration soll dann gegeben sein, wenn alle oder fast alle Haushaltungen in einem Bezirk mit mindestens 1000 Haushaltungen eine Probe erhalten⁸. Zur Begründung führt der BGH aus, die Wettbewerbsfreiheit müsse dort ihre Grenzen finden, wo Eingriffe in die Belange der Allgemeinheit oder der Mitbewerber in einer Art erfolgen, die den sittlich-rechtlichen Anschauungen widersprechen. Gerade weil die Wettbewerbsordnung auf der Auffassung beruhe, daß sich der Wettbewerb in lauterem und freiem Kräftespiel entwickeln soll, müsse eine Werbemaßnahme als unzulässig gelten, wenn sie den Bestand des Wettbewerbs aufhebe, indem sie Mitbewerbern für geraume Zeit die Möglichkeit nehme, überhaupt noch am Wettbewerb teilzunehmen. Eine derartige Marktverdrängung widerspreche

³GRUR 1938, 207 (209 f).

⁴RGZ 160, 385 (388).

⁵GRUR 1936, 810 (813): Diamantine; GRUR 1938, 849 (852): Eiformbriketts.

⁶BGHZ 19, 392 (396): Anzeigenblatt.

⁷BGHZ 23, 365 (375): Suwa; GRUR 1957, 600 (601): Westfalen-Blatt; WRP 1965, 223 (225): Kleenex.

⁸BGHZ 23, 365 (376).

dem Sinn und Zweck jeden geschäftlichen Wettbewerbs. Diese Gefahr des Marktausschlusses bestehe jedenfalls für mittlere und kleinere Unternehmer. Es sei zwar zutreffend, daß die Gerichte nicht dazu berufen seien, wirtschaftslenkende Maßnahmen zu treffen. Eine Betrachtung, die die Werbemaßnahmen darauf prüfe, ob bei ihnen die dem Wettbewerb wesenseigenen Wirkungen noch zur Geltung kommen, sei damit aber nicht ausgeschlossen; solche Entscheidungen würden in ihren Folgen zwar ebenfalls den Verlauf des Wirtschaftsgeschehens beeinflussen, würden damit aber noch nicht zu wirtschaftspolitischen Entscheidungen, sondern fänden ihre Grundlage in dem vom Recht verlangten Schutz der Mitbewerber gegen eine Behinderung ihrer wettbewerbliehen Betätigung.

Im Kleenex-Urteil⁹ hat der BGH diese Ausführungen bestätigt, allerdings mit der Maßgabe, daß es nicht entscheidend sei, ob mittlere und kleinere Mitbewerber wirtschaftlich in der Lage seien, sich der gleichen Werbemethode zu bedienen.

2. Stellungnahme in der Literatur

Im Schrifttum wurde diese Auffassung teilweise heftig kritisiert, vor allem von HARDER¹⁰, DÖLL¹¹, WÜRDINGER¹² und MEYER-CORDING¹³.

a) Daß der Ansatzpunkt des RG, das seine Entscheidungen aus betriebswirtschaftlichen und wirtschaftspolitischen Gesichtspunkten herleitete, verfehlt ist, ist heute

⁹WRP 1965, 223 (225); LG Koblenz BB 1965, 561: Goldener Oktober.

¹⁰GRUR 1962, 439 ff.

¹¹BB 1965, 173 ff.

¹²WuW 1955, 71 ff.

¹³JZ 1964, 311 ff.

kaum mehr bestritten. Das gilt insbesondere für das Argument, die Kosten einer übersteigerten Werbung würden sich auf den Preis niederschlagen und somit die Allgemeinheit schädigen. Dieser Gesichtspunkt trifft für jede Art der Werbung zu, kann also nicht speziell die Unlauterkeit einer Schenkaktion begründen; dem Publikum ist auch durchaus bewußt, daß in jedem Preis ein Aufschlag für Werbungskosten enthalten ist¹⁴. Betriebswirtschaftliche Gesichtspunkte haben bei der Beurteilung nach § 1 UWG grundsätzlich außer Betracht zu bleiben. Das RG selbst hat bei der Beurteilung von Preisunterbietungen mehrfach ausgeführt, der Kaufmann sei Herr seiner Kalkulation¹⁵, hat also anerkannt, daß eine betriebswirtschaftlich unvernünftige Handlung als solche noch nicht unlauter ist. SEYDEL¹⁶ weist zu Recht darauf hin, daß es keineswegs die Aufgabe des Wettbewerbsrechts sei, den Kaufmann vor sich selbst zu schützen; Verstöße gegen die wirtschaftliche Vernunft würden zwangsläufig zum Ruin führen, Unvernunft laufe sich also tot. Die Überwachung der Gebote einer vernünftigen kaufmännischen Betriebsführung sei auch objektiv unmöglich.

In jüngerer Zeit sind hingegen BRANDT¹⁷ und SPENGLER¹⁸ der Auffassung des RG wieder beigetreten, ohne allerdings eine überzeugende Begründung zu geben.

¹⁴WÜRDINGER, WuW 1955, 71 (76); SEYDEL, MA 1956, 83 (85).

¹⁵JW 1933, 1721.

¹⁶MA 1956, 83 ff; ebenso DÖLL, BB 1965, 173 (175); ablehnend auch BAUMBACH-HEFERMEHL, § 1 UWG Rdz. 94.

¹⁷GRUR 1955, 327 (330).

¹⁸MA 1955, 87 (94 ff).

b) Auch die Rechtsprechung des BGH hat im Schrifttum ganz überwiegend Ablehnung erfahren. Die Einwände gelten allgemein der Berücksichtigung wirtschaftspolitischer Gesichtspunkte und im besonderen der Annahme eines eigenen Unwertgehalts der zweckfremden Bedarfsdeckung. So spricht ihr v. BURCHARD¹⁹ im Ergebnis nur dann Bedeutung zu, wenn andere Unlauterkeitsmerkmale hinzukommen. SEYDEL²⁰ verneint, daß eine wirtschaftspolitische Regel, geschweige denn ein sittliches Gebot des Inhalts bestehe, es sei "bestimmungsgemäßer Zweck" der Ware, dem Verbraucher entgeltlich zugeführt zu werden. Die Gerichte würden nicht nur unzulässigerweise, sondern auch falsch Wirtschaftspolitik treiben. Eine Bedarfsdeckung trete immer ein, auch wenn nur eine kleine Probe gegeben werde. Die Marktsättigung sei Ziel aller kaufmännischen Tätigkeit. Werde sie schenkwise herbeigeführt, so verstopfe sie auch für den Werbenden den Markt; sie sei aber dann nicht sittenwidrig, sondern ein betriebswirtschaftlicher Fehlschlag. WALTHER²¹ führt aus, die Rechtsprechung des BGH könnte nur dann aufrechterhalten werden, wenn ein allgemeiner Grundsatz anerkannt werde, wonach die Zulässigkeit einer Werbung von dem Ausmaß ihrer Marktwirkung auf die Mitbewerber abhängig sei. Das sei aber unmöglich, da damit jede erfolgreiche Werbung und mithin der Leistungswettbewerb selbst beeinträchtigt würden. Außerdem habe der BGH auch nicht den Nachweis des tatsächlichen Marktausschlusses erbracht; als "Markt" komme nur der Gesamtmarkt, nicht aber ein einzelner Bezirk in Betracht, außerdem sei die Zeitspanne, während der die Bedarfsdeckung eingetreten sei, zu kurz.

WÜRDINGER²² weist darauf hin, daß es kein a priori feststehendes Modell eines ökonomischen Idealeffekts gebe.

¹⁹GRUR 1956, 163 (168).

²⁰MA 1956, 83 (88).

²¹WRP 1957, 161 ff.

²²WuW 1955, 71 (75 ff).

Das UWG beruhe demnach auf der Auffassung, daß das gesamtwirtschaftliche Optimum nicht mit Lenkung und Zwang erstrebt werden könne, sondern das Optimum sich im lauterer und freien Kräftespiel entwickle. Deshalb könne man nicht aus einem mißbilligenswerten Ergebnis schließen, daß die Werbemaßnahme unlauter sei, sondern es sei umgekehrt die Unlauterkeit Voraussetzung des mißbilligenswerten Ergebnisses. Die Rechtsprechung verlasse den Boden des Rechts, wenn sie die Unzulässigkeit von Werbemaßnahmen aus wirtschaftspolitischen Bewertungen ableite. Diese Frage sei ausschließlich aus Mittel und Zweck der Werbung zu entscheiden, WÜRDINGER führt als Unlauterkeitsmerkmale an den Kundenfang, die Irreführung und die Preisschleuderei zum Zwecke der Behinderung der Mitbewerber²³. Auch MEYER-CORDING²⁴ lehnt wirtschaftspolitische Zweckerwägungen zur Ausfüllung der Generalklausel ab, weil diese mit Sittlichkeit nichts zu tun hätten. Die Suwa-Entscheidung des BGH lehnt er ab, weil der Markt das gesamte Bundesgebiet sei; außerdem habe der Gesetzgeber nicht in jedem Fall der Beschränkung des Wettbewerbs eine sittenwidrige Handlung gesehen, sondern den Bestand des Wettbewerbs durch das GWB geschützt. Unlauterkeit trete erst dann ein, wenn von der Monopolmacht ein sittlich verwerfbarer Gebrauch gemacht werde²⁵.

DÖLL²⁶ lehnt die Rechtsprechung deshalb ab, weil das UWG wirtschaftspolitisch neutral sei, Ziele der Wirtschaftspolitik also nicht alleinige Grundlage einer Ent-

²³aaO, S. 77 f.

²⁴JZ 1964, 273 ff und 310 ff, hier S. 276.

²⁵aaO, S. 311.

²⁶BB 1965, 173 (176).

scheidung nach § 1 UWG sein könnten. Der Gesetzgeber müsse festlegen, in welchem Umfang und mit welchen Mitteln wirtschaftspolitische Ziele anzustreben seien. Der Bestand des Wettbewerbs werde durch das GWB, nicht durch das UWG geschützt. Über dessen Grenzen könne bei Ermittlung des Begriffs der guten Sitten nicht hinausgegangen werden.

v. HARDER²⁷ lehnt den Gesichtspunkt der Marktsättigung deshalb ab, weil die Möglichkeit des Überangebotes und damit des Ausschlusses eines Teils der Mitbewerber einer Wettbewerbswirtschaft immanent sei; der Grenzverkäufer handle deshalb noch nicht unsittlich.

3. Eigene Stellungnahme

a) Verstöße gegen anerkannte Grundsätze der kaufmännischen Betriebsführung sind für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung einer Wettbewerbshandlung in der Tat irrelevant. Man mag eine solche Handlung als unerwünscht ansehen, was allerdings auch schon Bedenken begegnet, denn es ist kein Interesse der Allgemeinheit oder der Mitbewerber ersichtlich, das dahin geht, daß ein Wettbewerber sich nicht selbst Schaden zufügt. Selbst wenn man dies aber bejaht, so kann damit noch kein Verstoß gegen § 1 UWG begründet werden. Diese Vorschrift verbietet nur unlautere Wettbewerbshandlungen, bloß unerwünschte fallen nicht darunter²⁸. Unlauterkeit erfordert immer die Beeinträchtigung eines Dritten, Unlauterkeit gegenüber sich selbst ist ausgeschlossen.

²⁷GRUR 1962, 439 (440).

²⁸RG MuW 1931, 154; GOTTSCHICK, AWR 1935, 121; NERRETER, GRUR 1939, 98 (107); DROSTE, Betrieb 1956, 789 (790); SEYDEL, MA 1956, 83 (84).

b) Dieses Bedenken greift gegenüber einer wirtschaftspolitischen Argumentation nicht durch, denn solche Verstöße beeinträchtigen die Interessen Dritter. Dennoch sind diese Überlegungen im Rahmen des UWG fehl am Platz. Zur Durchsetzung wirtschaftspolitischer Ziele ist der Gesetzgeber berufen, nicht die Gerichte. Diese Ziele entspringen reinem Zweckmäßigkeitsdenken, nicht sittlichen Erwägungen, auf die es in § 1 UWG allein ankommt.

Die Feststellung der Unlauterkeit kann demnach nicht darauf gegründet werden, daß das beanstandete Verhalten wirtschaftspolitisch nicht opportun ist²⁹. Damit kann solchen Erwägungen aber nicht jede Bedeutung abgesprochen werden. Die Anwendung der Generalklausel erfolgt niemals im leeren Raum, sondern es sind immer bestimmte wirtschaftliche und wirtschaftspolitische Verhältnisse vorgegeben. Von diesen kann und darf sich der Richter nicht lösen, denn sie beeinflussen immer die Auffassung davon, was im Wettbewerbsleben sittlich verwerflich ist³⁰. Handlungen, die in einer Planwirtschaft als unlauter angesehen werden, können in einer liberalen Wirtschaftsordnung geradezu dem Idealbild der Lauterkeit entsprechen und umgekehrt. Für den Inhalt der "guten Sitten" haben also wirtschaftspolitische Vorstellungen Bedeutung, nicht hingegen sind sie selbst Inhalt.

Wenn demnach die Rechtsprechung das Verschicken von Originalware wegen wirtschaftspolitischer Bedenken als Verstoß gegen § 1 UWG gewertet hat, so wird nicht nur der in dieser Vorschrift gesteckte Rahmen verlassen, son-

²⁹ BAUMBACH-HEFERMEHL, UWG Einleitung Rdz. 61; WÜRDINGER, WuW 1955, 71 (76); SEYDEL, MA 1956, 83 (84).

³⁰ SEYDEL, aaO; DROSTE, Betrieb 1956, 789 (790); MEYER-CORDING sieht das Wesen unserer Wirtschaftsordnung und den Sinn des Wettbewerbs als Grundlage für die Beantwortung der Frage nach der Geschäftsmoral an (JZ 1964, 310 ff).

dem auch der den Gerichten gesteckte. Darauf wies zu Recht schon NERRETER³¹ hin.

c) Daß die Rechtsprechung des BGH zur Frage der örtlich und zeitlich konzentrierten Massenabgabe von Originalware zu Probezwecken verfehlt ist, soll im Folgenden an Hand der grundlegenden, bereits mehrfach erwähnten Entscheidung vom 22. 2. 1957³² aufgezeigt werden.

aa) Das Gericht spricht darin ausdrücklich aus, daß dieses Urteil nicht auf wirtschaftspolitischen Erwägungen beruhe. Das widerlegt es aber selbst, wenn es ausführt, es habe die Werbemaßnahme daraufhin untersucht, ob bei ihr die dem Wettbewerb wesenseigenen Wirkungen noch zur Geltung kämen³³. Darin wird offenbar, daß das Gericht den Wettbewerb selbst schützen will; das aber ist eine wirtschaftspolitische Grundsatzentscheidung, zu der ausschließlich der Gesetzgeber berufen ist, der aber bislang den Wettbewerb nur gegen bestimmte Beeinträchtigungen geschützt hat. Daß das Urteil entscheidend auf wirtschaftspolitischen Gesichtspunkten beruht, ergibt sich auch aus der starken Betonung der überlegenen Kapitalkraft durch das Gericht; hierin wird offenbar, daß ein Schutz des Mittelstandes angestrebt wird. Die Ausnutzung der größeren Kapitalkraft im Wettbewerbskampf ist aber für sich allein nicht unlauter; sie bringt zwar eine Überlegenheit am Markt mit sich, ist aber Teil der zum Vergleich stehenden Leistungen. Der Wettbewerb ist ein Ausleseprozeß, bei dem dem Stärkeren nicht zugemutet werden kann, auf den vollen Einsatz seiner Kräfte zu verzichten. Das UWG ist - wie allgemein anerkannt wird³⁴ -

³¹GRUR 1939, 98 (107).

³²BGHZ 23, 365 ff; Suwa.

³³aaO, S. 375.

³⁴KOENIGS, NJW 1961, 1041 (1042); DÖLL, BB 1965, 173 (176); v. HARDER, GRUR 1962, 439 (442); FIKENTSCHER, S. 104; GOTTSCHICK, AWR 1935, 121 ff; HEFERMEHL, Festschrift für Nipperdey, S. 283 (284); HAMANN, Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, S. 143.

wirtschaftspolitisch neutral. Es geht zwar ersichtlich von einer Wettbewerbswirtschaft aus, es schützt aber nicht den Bestand des Wettbewerbs, sondern es schützt diesen nur vor unlauteren, in den Spezialnormen auch vor bestimmten bloß unerwünschten, Beeinträchtigungen.

Davon scheint auch der BGH auszugehen, denn er begründet ja seine Entscheidung damit, daß eine Werbemaßnahme sittenwidrig sei, die den Bestand des Wettberbs aufhebe³⁵, eine derartige Marktverdrängung widerspreche Sinn und Zweck jeden geschäftlichen Wettbewerbs. Damit ist ausdrücklich nicht der Verstoß gegen wirtschaftspolitische Zweckerwägungen, sondern ein Verstoß gegen die guten Sitten im Wettbewerb zur Grundlage der Entscheidung erhoben, die Kritiker dieser Entscheidung scheinen also dem BGH unrecht zu tun. Die Argumentation des BGH führt jedoch nur zu einer oberflächlichen Verlagerung der aufgeworfenen Frage, denn der BGH wertet zwar Verstöße gegen wirtschaftspolitische Erwägungen nicht als solche als Verstoß gegen § 1 UWG, er führt diese jedoch auf dem Umweg in diese Norm ein, daß er solche Zielsetzungen zum Inhalt der Sittengesetze erklärt. Eine sittliche Regel des Inhalts, daß der Wettbewerb nicht aufgehoben werden dürfe, besteht aber nicht. Diese Regel in der Form, wie sie der BGH aaO angenommen hat, könnte nicht auf bestimmte Werbemaßnahmen beschränkt bleiben, sondern müßte auf die Aufrechterhaltung des Wettbewerbs schlechthin gerichtet sein. Die Erringung einer Monopolstellung durch bessere Leistung oder auch nur durch eine besonders wirksame klassische Reklame stellt aber anerkanntermaßen keinen Sittenverstoß dar. Sinn und Zweck jeden Wettbewerbs ist es, in den Kundenkreis des Mitbe-

³⁵aaO, S. 371.

werbers einzudringen und ihm die Kunden abspenstig zu machen³⁶. Der Wettbewerb zielt seinem Wesen nach also darauf ab, daß jeder Anbieter selbst die Bedarfsdeckung herbeiführen will, damit den Mitbewerber um seine Absatzchance zu berauben und ihn in diesem Umfang vom Markt zu verdrängen. Eine Grenze für den Grad dieser Marktverdrängung besteht nicht, das Ausleseprinzip, das einer Wettbewerbswirtschaft zu eigen ist, erfordert sogar, daß sich der fähigste Wettbewerber in möglichst großem Ausmaß durchsetzt. Die Marktsättigung durch einen einzigen Bewerber verstößt also nicht als solche gegen die guten Sitten.

Sie ist darüber hinaus aber nicht einmal nach den normierten wirtschaftspolitischen Grundsätzen unerlaubt. Diese haben, soweit sie den Bestand des Wettbewerbs betreffen, im GWB ihren Niederschlag gefunden. In diesem Zusammenhang kann dahingestellt bleiben, was Schutzgut dieses Gesetzes ist, ob nur der Wettbewerb als Institution oder auch die wirtschaftliche Handlungsfreiheit³⁷. Jedenfalls ergibt das Gesetz eindeutig, daß der Bestand des Wettbewerbs nicht für den Fall geschützt werden soll, daß ein Anbieter vermöge seiner Leistungskraft in die Lage versetzt wird, eine Monopolstellung zu erringen, sondern der Wettbewerb ist nur gegen eine Beschränkung durch das Zusammenwirken mehrerer geschützt. Daß das GWB den Bestand des Wettbewerbs nicht absolut schützt, ergibt sich deutlich aus §§ 22 ff GWB, die eine mißbräuchliche Ausnutzung der Marktmacht durch marktbeherrschende

³⁶RGZ 134, 342 (350): Tankstelle; RGZ 144, 41 (50): Hosen-trägergummi; TSCHIERSCHKY, Kartellpreiskampf und Wettbewerb, S. 443; BÖHM, S. 2; BGHZ 19, 392 (396): Anzeigenblatt; NIPPERDEY, KartellR 1930, 127 (141).

³⁷Vgl. dazu im Gemeinschaftskommentar zum GWB, 2. Aufl., MÜLLER-HENNEBERG, Einf. IV und SCHWARTZ, § 15 Anm. 2.

Unternehmen regeln, also davon ausgehen, daß diese Marktmacht an sich zulässig ist.

Die Auffassung des BGH, es sei unlauter, dem Mitbewerber schlechthin die Möglichkeit der Teilnahme am Wettbewerb zu nehmen, ist demnach unrichtig, ein solches Verhalten verstößt nicht einmal gegen die erklärten wirtschaftspolitischen Zielsetzungen, geschweige denn gegen sittliche Gebote; die Unlauterkeit des Marktausschlusses ist nur beim Hinzutreten besonderer Unlauterkeitsmomente gegeben.

bb) Selbst wenn man aber die Prämisse des BGH anerkennen wollte, wäre die Entscheidung nicht haltbar.

Der BGH spricht in seinem Urteil von einer Aufhebung des Bestandes des Wettbewerbs und von Marktverdrängung, ohne darauf einzugehen, was überhaupt der Markt (im gegebenen Fall für Waschmittel) ist. Der Markt ist ein abgegrenztes Spannungsfeld, in dem Käufer und Verkäufer ihren Einfluß geltend machen und nach Abwägen der bestehenden Möglichkeiten zu Kontrahenten werden³⁸. Bestimmt wird der Markt durch drei Determinanten: Ein Gut, einen Raum und eine Zeit³⁹. Da der BGH auf die räumliche und zeitliche Konzentration abgestellt hat, sind diese beiden Determinanten von besonderer Bedeutung. Die räumliche Ausdehnung eines Marktes hängt hauptsächlich ab von der Transportfähigkeit des Gutes und vom Verhältnis des Güterwertes zu den Transportkosten⁴⁰. Danach ist zumindest die Schematisierung des BGH, daß bei Bearbeitung eines Bezirkes von 1000 Haushaltungen schon die

³⁸Staatslexikon, 6. Aufl. Bd. 5 S. 538.

³⁹FIKENTSCHER, S. 73.

⁴⁰Staatslexikon, aaO.

Marktverdrängung zu bejahen sei⁴¹, unzulässig. Es kann Märkte dieser Größe geben, das erfordert aber Feststellungen im Einzelfall. Der Waschmittelmärkte jedenfalls ist nicht derart örtlich begrenzt, er umfaßt das gesamte Bundesgebiet⁴². Eine Marktverdrängung kann zudem nur dann bejaht werden, wenn die Bedarfsdeckung durch nur einen Anbieter sich über eine längere Zeitspanne erstreckt. Da aber die Verteilung von Warenproben mittels solcher Großaktionen nicht laufend, sondern nur einmalig zulässig ist, ist auch dieses zeitliche Moment in aller Regel nicht gegeben. So hat auch der österreichische OGH in seinem Urteil vom 1. 8. 1956⁴³ eine Werbeaktion als lauter beurteilt, bei der über 1 Million Gutscheine für den Bezug eines 150 g-Normalpaketes des Waschmittels OMO, das für einen Waschkessel mit etwa 3 kg Wäsche ausreicht, versandt worden sind. Der OGH hat zwar grundsätzlich der Frage Bedeutung zuerkannt, ob die Mitbewerber im Absatz ihrer Waren durch eine Bedarfsdeckung behindert würden. Im ge-

⁴¹aaO S. 376.

⁴²WALTHER, WRP 1957, 161 (163); vgl. auch die Ausführungen des OLG Hamburg zur Marktsättigung in WRP 1956, 247 (248). Neuerdings hat das OLG Hamburg seine Ansicht im Urteil vom 31. 1. 1963, WRP 1963, 164 ff: Mehrzwecktücher, bekräftigt. Dort führt das OLG an (S. 166), es halte das Abstellen des BGH auf einzelne Bezirke für unzutreffend. Es gebe Bezirke, in denen schon wenige Packungen zur Totalsättigung führen könnten, während sich z. B. 50 000 Packungen in Hamburg noch nicht sehr erheblich auswirken würden. Deshalb sei, wenn nicht typische Teilmärkte bestünden, stets auf den gesamten deutschen Markt abzustellen. Damit könne das Argument der Marktverstopfung zwar nur in wenigen Fällen erfolgreich sein, das sei aber richtig, weil eben nur ganz selten eine Werbemaßnahme eines Unternehmens den Bestand des Wettbewerbs gefährden werde. - Im vorangegangenen Verfahren auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung hatte das OLG zunächst die Rechtsprechung des BGH bejaht (WRP 1962, 46 f).

⁴³Österreichische Blätter für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht 1956, 54 ff.

gegebenen Fall hat er dies aber verneint, weil ein Haushalt sicherlich mehr als 3 kg Wäsche habe, die Beeinträchtigung sich also nicht über längere Zeit erstrecken könne. Schließlich hat der OGH auch berücksichtigt, daß die Mehrzahl der Haushalte noch mit Seife wasche, ein großer Teil der verteilten Pakete also gar nicht an Kunden der Klägerin gelangt sei. Wenn diese trotzdem einen Umsatzrückgang zu verzeichnen habe, so sei die Ursache dafür nicht in einer Marktverstopfung zu sehen, sondern jede andere wirksame Reklame hätte das gleiche Ergebnis bewirken können; ein Angriff auf den Kundenkreis des Mitbewerbers mit erlaubten Mitteln verstoße aber keineswegs gegen die guten Sitten.

Schließlich ist auch das wirtschaftspolitische Ziel des BGH mit den aufgestellten Grundsätzen nicht zu erreichen. Für die Mitbewerber in einem einheitlichen Markt ist es völlig unbeachtlich, ob 1000 Packungen zu Probezwecken örtlich konzentriert oder über den gesamten einheitlichen Markt breit verstreut verschenkt werden. Der Grad ihres "Marktausschlusses" ist in beiden Fällen gleich, ihre Absatzmöglichkeit ist um den ihrem Marktanteil etwa entsprechenden Prozentsatz von 1000 Paketen geschmälert. Eine zeitlich konzentrierte, gezielte Werbung, bei der ein Vielfaches dieser Menge gestreut über den gesamten Markt nur bei Vorliegen eines Probewunsches, also nur an die Kunden der Mitbewerber, abgegeben wird, wäre hingegen zulässig. Das trifft jedoch die Mitbewerber wesentlich stärker, zum einen wegen der größeren Menge, zum anderen aber auch deshalb, weil nur ihre, nicht aber auch die Absatzchancen des Werbungstreibenden geschmälert werden.

Die Rechtsprechung des BGH, die die örtlich und zeitlich konzentrierte Massenverteilung von Originalwaren zur Erprobung untersagt, ist demnach abzulehnen.

4. Andere Lösungsversuche

a) Faktische Alleinstellung

BURMANN⁴⁴ will den örtlich konzentrierten, intensiven Masseneinsatz von Warenproben unter dem Gesichtspunkt der Alleinstellungswerbung betrachten. Dem Publikum werde der Eindruck vermittelt, daß es sich um die Werbemaßnahme einer den Markt weithin beherrschenden Firma handle; die Empfänger würden zu einem Vergleich mit den bekannten Konkurrenzartikeln gezwungen. Da es nicht auf den sprachlichen Ausdruck ankomme, sondern Sinn und Wirkung im einzelnen eruiert werden müßten, könne der Eindruck der Inanspruchnahme eines "konkurrenzlosen Ranges" auch durch konkludente Handlungen erweckt werden.

Diesen Ausführungen kann nicht gefolgt werden. Selbst wenn man die Figur der "faktischen Alleinstellung" anerkennt, die dann allerdings nicht mehr nach § 3 UWG, sondern nur nach der Generalklausel beurteilt werden könnte, da eine öffentliche Bekanntmachung oder eine Mitteilung nicht gegeben ist, kann diese Wirkung nicht mit Warenproben erzielt werden. Grundlage für dieses Urteil könnten allein Umfang und Intensität der Werbung sein. Wollte man aber allein aus dem Umfang der Werbung schon auf einen Alleinstellungsanspruch schließen, so müßte das in erhöhtem Maße für die von großen Firmen getriebene klassische Reklame gelten. Der Firmenname und die Produkte dieser Firmen werden durch Rundfunk, Fernsehen, Zeitungen und Plakattafeln Tag für Tag den Umworbenen ständig in's Bewußtsein gerufen. Dagegen vermittelt auch eine Massenaktion mit Warenproben dem einzelnen nur einen verhältnismäßig kurzen Eindruck. Die Gefahr, daß durch das faktische Verhalten dem Publikum eine überragende Stellung des Werbenden suggeriert

⁴⁴Betrieb 1964, 575 (578 f); ebenso in Werberecht der Wirtschaft II 368, 8.

wird - allein diese Wirkung kann für das Vorliegen einer "faktischen Alleinstellung" entscheidend sein⁴⁵ - ist also bei einer aufwendigen klassischen Reklame wesentlich höher. Der Gedankengang BURMANNS müßte also bei konsequenter Durchführung zu einer Beschränkung der Werbung überhaupt führen.

Dazu kommt, daß bei einer Massenaktion mit Warenproben für den einzelnen deren Umfang meist gar nicht erkennbar ist. Selbst wenn dies aber der Fall ist, so fehlt es doch entgegen der Ansicht von BURMANN an einer relevanten Bezugnahme auf den Mitbewerber. Selbstverständlich vergleicht der Empfänger einer Warenprobe diese mit den ihm bekannten Konkurrenzartikeln⁴⁶. Das ist aber nicht etwa unlauter, sondern gerade der anerkannt lautere Zweck dieser Werbung. Dafür, daß dieser Vergleich nur auf Grund des Umfangs der Werbung beim Publikum zur Annahme einer von anderen nicht erreichten Sonderstellung führt, liegen keine Anhaltspunkte vor. Zumindest müßte dabei die von der klassischen Reklame der Konkurrenten ausgehende, diesen Eindruck kompensierende Wirkung berücksichtigt werden. Schließlich ist auch dem Publikum bekannt, daß gerade bei der Markteinführung eines Produktes die aufwendigste Werbung getrieben wird; der Schluß vom Umfang einer Werbung auf eine Alleinstellung liegt deshalb fern.

b) Abgrenzung nach dem Probezweck

WALTHER⁴⁷ schlägt vor, die Zulässigkeit einer Massenverschenkung von Originalwaren ausschließlich nach der Zweckbewertung zu bestimmen. Auf dem in Bearbeitung genommenen Marktsektor müsse eine Wettbewerbslage bestehen, die die Probeverteilung rechtfertige. Das sei immer bei

⁴⁵Davon geht auch BURMANN aus, Betrieb 1964, 578.

⁴⁶So BURMANN, aaO, 579.

⁴⁷WRP 1957, 161 (163).

neuen Waren der Fall, unter gewissen Umständen auch bei einem relativ geringen Marktanteil in dem betreffenden Marktsektor. Die Notwendigkeit, gegebenenfalls den Erprobungszweck nachweisen zu müssen, werde die Unternehmen veranlassen, globale Schenkaktionen auf Bezirke zu beschränken, in denen ihnen dieser Nachweis möglich ist, in den anderen Bezirken aber die Abgabe von Warenproben nur im Rahmen einer streng individuellen Bearbeitung der Verbraucher vorzunehmen. Diese sei aber auch dann zulässig, wenn sie anläßlich einer systematischen Großaktion innerhalb eines bestimmten Bezirkes erfolge.

Diese Abgrenzung erscheint auf den ersten Blick sachgemäß, denn mit dem Probezweck wird ein Moment für maßgeblich erklärt, das für die Beurteilung einer Warenschenkung als Probegabe von ausschlaggebender Bedeutung ist. WALTHER scheint also die gestellte Frage nicht mit betriebswirtschaftlichen oder wirtschaftspolitischen Überlegungen zu lösen, sondern aus dem Wesen der Warenprobe heraus. Jedoch kann die Anwendung des Merkmales "Probezweck" nur zu dem Ergebnis führen, daß keine Warenprobe mehr vorliegt; die Unlauterkeit ergibt sich daraus nicht unmittelbar. Der von WALTHER gezogene Schluß, eine solche Massenaktion sei unzulässig, setzt also entweder stillschweigend voraus, eine Schenkung als solche sei unzulässig, wenn sie nicht durch besondere Umstände im Einzelfall, z. B. den Probezweck, gerechtfertigt wird, oder WALTHER muß - wie die von ihm abgelehnte BGH-Rechtsprechung - annehmen, es liege eine unzulässige Bedarfsdeckung vor. Im Ergebnis macht sich also WALTHER die Argumente des RG oder des BGH zu eigen, er stützt sich nicht auf ein eigenständiges Unlauterkeitsmerkmal.

Darüber hinaus stehen dieser Abgrenzung aber auch große praktische Bedenken entgegen. Man müßte entweder eine willkürliche Grenze des Marktanteils aufstellen,

der von einem Unternehmen angestrebt werden darf, oder man müßte den Anteil am Gesamtmarkt auf die einzelnen Bezirke anwenden; das würde dazu führen, daß ein großes Unternehmen, dessen Marktanteil stärkere regionale Schwankungen zeigt, eine Massenaktion durchführen darf, ein kleines Unternehmen mit gleichmäßiger Streuung des geringen Absatzes über den Gesamtmarkt hingegen nicht.

5. Eigene Lösung

Da, wie aufgezeigt, das Verschenken von Waren als solches nicht unlauter ist, zumal dann, wenn es zum Zwecke der Erprobung geschieht, und auch betriebswirtschaftliche und wirtschaftspolitische Gesichtspunkte nicht die Unlauterkeit im Sinne von § 1 UWG begründen können, ist eine globale Massenaktion auch dann grundsätzlich als erlaubt anzusehen, wenn sie örtlich und zeitlich konzentriert durchgeführt wird.

Die Unlauterkeit einer solchen Werbung folgt also nicht schon aus ihrer Intensität, sondern es müssen spezielle Unlauterkeitsmerkmale im einzelnen nachgewiesen werden. Selbstverständlich ist, daß alle Unlauterkeitsmerkmale, die für einzelne Schenkungen gelten, auch hier ihre Gültigkeit behalten, also eine Massenaktion dann unlauter ist, wenn schon die Einzelschenkungen als solche unlauter sind.

Darüber hinaus kann sich aber meines Erachtens unter gewissen Umständen die Unlauterkeit auch aus dem Umfang, in dem die Werbung durchgeführt wird, ergeben. Das einzige Unlauterkeitsmerkmal, das in diesen Fällen zusätzlich gegeben sein kann, ist die Behinderung eines Mitbewerbers. Auf den Gesichtspunkt der ungehörigen Behinderung der Mitbewerber ist bei der Darstellung der Versuche, eine Systematik für die Generalklausel

aufzustellen, schon eingegangen worden⁴⁸. Eine rechtlich relevante Behinderung liegt nicht schon dann vor, wenn ein Wettbewerber in den Kundenkreis eines anderen eindringt oder wenn er sonstige Handlungen vornimmt, die dazu führen, daß die Absatzchancen der Mitbewerber geschmälert werden. Solche Behinderungen sind einer Wettbewerbswirtschaft immanent, sie ist ja gerade durch das gleichzeitige Bestreben mehrerer, einen Preis zu erringen, gekennzeichnet. Da dieser Preis immer nur von einem errungen werden kann, werden zwangsläufig die anderen vom Erfolg ausgeschlossen und damit behindert. Eine derartige wettbewerbsimmanente Behinderung ist aber nach völlig h. M. immer hinzunehmen, sie ist selbst dann nicht unlauter, wenn sie zum Ruin eines Mitbewerbers führt⁴⁹. Einen Schutz der wirtschaftlichen Existenz als solcher gibt es nicht.

Rechtlich relevant wird die Behinderung hingegen dann, wenn sie nicht mehr Folge des Strebens nach einem Vorsprung vor den Mitbewerbern ist, sondern unmittelbares Mittel im Konkurrenzkampf, also dann, wenn nicht mehr, wie BÖHM es bezeichnet⁵⁰, Parallelkampf herrscht, sondern unmittelbar der Mitbewerber angegriffen wird.

Ein solcher unmittelbarer Angriff ist aber immer dann anzunehmen, wenn der Mitbewerber nicht ausschließlich durch die bessere Leistung vom Wettbewerb ausgeschlossen wird. Zwar ist die Werbung mit Warenproben nicht nur mit dem Leistungswettbewerb vereinbar, sondern sogar das Werbemittel, das dem Leistungsprinzip am besten ent-

⁴⁸ Oben § 9 V 2.

⁴⁹ BAUMBACH-HEFERMEHL, § 1 UWG Rdz. 188; THIELE, Die rechtliche Beurteilung des Behinderungswettbewerbs, S. 102; WALLICHS, AWR 1937, 22; ULMER, Sinnzusammenhänge, S. 16; NIPPERDEY, KartellR 1930, 127 (131); BGHZ 19, 392 (396); Anzeigenblatt; BGHZ 23, 365 (371); Suwa; RGZ 119, 408 (415).

⁵⁰ Wettbewerb und Monopolkampf, S. 214.

spricht. Dies gilt jedoch nur solange, wie es dazu eingesetzt wird, um die Umworbenen von der Qualität zu überzeugen und dadurch dem Konkurrenten abspenstig zu machen. Wenn hingegen dieses Werbemittel dazu verwendet wird, um den Konkurrenten unmittelbar, also ohne eine zwischengeschaltete freie Entschließung der Abnehmer, den Absatz unmöglich zu machen, ist es nicht mehr mit den Prinzipien des Leistungswettbewerbs vereinbar. Das ergibt sich zwingend daraus, daß nicht mehr sichergestellt ist, daß die bessere Leistung auch den Sieg erringen wird, da ein Mitbewerber, der möglicherweise gerade die bessere Leistung erbringt, überhaupt nicht mehr die Chance hat, seine Leistung am Markt mit Erfolg anzubieten, denn dieser Markt existiert mangels Nachfrage zumindest für geraume Zeit nicht mehr, kann also auch seine Auslesefunktion nicht mehr erfüllen. Ein durch Verschenken von Waren herbeigeführter zeitweiliger Marktausschluß eines Mitbewerbers ist also unlauter, da er durch eine gegen das Unternehmen gerichtete Handlung mit feindseligem Einschlag erzielt wurde.

Der Gesichtspunkt der Behinderung wurde schon mehrfach bei der Beurteilung von Massenaktionen herangezogen von HEFERMEHL⁵¹, WÜRDINGER⁵² und vom OLG Hamburg⁵³, ohne daß allerdings dieser Gedanke konsequent verfolgt wird. Wenn man nämlich diesen Gesichtspunkt zur Grundlage der Entscheidung macht, so genügt eine massenweise Verteilung als solche noch nicht, auch wenn sie örtlich und zeitlich konzentriert ist, es muß vielmehr die tatsächliche Behinderung mindestens eines Mitbewerbers nachgewiesen werden. Eine solche kann aber nur dann angenommen werden, wenn fast das gesamte Absatzgebiet, und zwar nicht

⁵¹BAUMBACH-HEFERMEHL, § 1 UWG Rdz. 195 f.

⁵²WuW 1955, 71 (78).

⁵³WRP 1956, 247 (248); dieses zieht ebenso wie WÜRDINGER, aaO, eine Parallele zur systematischen Preisunterbietung.

das potentielle, das in den meisten Fällen wesentlich größer sein wird, sondern das tatsächliche, von der Werbeaktion umfaßt wird. Zu diesem Ergebnis ist auch D. REIMER gelangt, der ausführt: "Allerdings ist dann zu überlegen, ob nicht bei der örtlich und zeitlich konzentrierten Massenverteilung von Werbegeschenken der Nachweis verlangt werden sollte, daß ein oder mehrere bestimmte Hersteller von Konkurrenzerzeugnissen ... durch die Geschenkaktion in erkennbarer Weise betroffen werden und daß die zeitweilige Verdrängung dieser bestimmten Personen oder Firmen vom Markt in concreto zu befürchten ist."⁵⁴ Dieser Nachweis ist in jedem Einzelfall zu fordern; die schematische Marktabgrenzung des BGH (jeweils 1000 Haushaltungen eines geschlossenen Gebiets) ist dafür nicht brauchbar. Dieser Nachweis ist auch leicht zu führen, da jedes Unternehmen die Grenzen seines Absatzgebietes nachweisen kann. Dabei kann allerdings nur das geschlossene "Kerngebiet" bedeutsam sein, relativ unbedeutende Einzellieferungen, die über diesen Bereich hinausgehen, haben außer Betracht zu bleiben.

6. Die Nachahmungsgefahr

a) Ihre Berücksichtigung in der Rechtsprechung

Von der Rechtsprechung wurde schon bald das Wettbewerbsverhalten eines Anbieters nicht mehr isoliert betrachtet, sondern bei der Beurteilung seines Verhaltens auch berücksichtigt, welche Folgen eine allgemeine Nachahmung hätte.

So führte das RG im Diamantine-Urteil aus, daß die Mitbewerber zu gleich wirksamen Werbemaßnahmen greifen müßten, um nicht zu unterliegen, was aber im gegebenen

⁵⁴GRUR Ausl. 1958, 159 (169).

Fall bedenklich sei⁵⁵. Auch im Persil-Urteil⁵⁶ und Lockenwickler-Urteil⁵⁷ hat das RG der Nachahmungsgefahr Bedeutung beigemessen.

Der BGH hat diesen Gesichtspunkt beibehalten. Grundle-
gend ist auch insoweit die Suwa-Entscheidung, in der der
BGH ausgeführt hat⁵⁸: "Dabei ist nicht einmal so sehr ent-
scheidend, daß bereits die einmalige Verteilung von Gut-
scheinen für ein Original-Suwa-Doppelpaket eine zeitwei-
lige Bedarfsdeckung bei den Verbrauchern herbeiführen wird
... Vielmehr fällt ins Gewicht, daß die Zulassung derartiger
Massenverteilungen zu einer Nachahmung seitens solcher
Unternehmer führen muß, die die genügende Kapitalkraft be-
sitzen, um gleiche oder womöglich noch schwerwiegendere
Aktionen durchzuführen."

In einer Reihe von Entscheidungen berücksichtigt der
BGH ebenfalls die Nachahmungsgefahr⁵⁹. In einer Entschei-
dung hat der BGH aber auch darauf hingewiesen, daß die
Nachahmungsgefahr selbst und die sich daraus ergebende Ge-
fährdung einer gewissen Präzisierung bedürfen⁶⁰.

b) Kritik in der Literatur

Im Schrifttum wird hingegen bestritten, daß die Nach-
ahmungsgefahr zur Sittenwidrigkeit einer Wettbewerbshand-
lung führen könne. Am eingehendsten hat sich damit DÖLL⁶¹
befaßt. Er bezeichnet diesen Grundsatz als "in der Blüte-
zeit dirigistischer Planwirtschaft entwickelt". Zweckmäßi-
gkeitserwägungen müßten bei der Beurteilung nach § 1 UWG

⁵⁵GRUR 1936, 810 (812).

⁵⁶GRUR 1938, 207 (209).

⁵⁷RGZ 160, 385 (388).

⁵⁸BGHZ 365 (371).

⁵⁹GRUR 1959, 285 (287): Bienenhonig; GRUR 1959, 277 (279):
Künstlerpostkarten; BGHZ 15, 356 (369): progressive Kun-
denwerbung; vgl. auch OLG München NJW 1955, 1681 (1682);
OLG Frankfurt BB 1962, 76.

⁶⁰GRUR 1959, 138 (142): Italienische Note.

⁶¹BB 1965, 173 ff.

aber außer Betracht bleiben. Eine an sich wertneutrale Wettbewerbsbehandlung könne nicht dadurch unlauter werden, daß andere die gleiche Handlung vornehmen; die Zahl sei bei einer moralbezogenen Wertung kein Argument. Das Unwerturteil stelle in diesen Fällen vielmehr eine vorbeugende polizeiliche Gefahrenabwehr dar. Es sei auch kein durch § 1 UWG geschütztes Interesse ersichtlich, das durch die Hervorrufung der Nachahmungsgefahr verletzt oder gefährdet werde.

v. HARDER⁶² führt aus, die Nachahmung sei wettbewerbs-eigen; dann sei sie aber ungeeignet, um als Unlauterkeits-kriterium zu dienen, mit dessen Hilfe man unerwünschte Handlungen multipliziert, um das nötige Gewicht für einen Sittenverstoß zu erhalten.

SEYDEL⁶³ meint, ein Werbemittel werde entweder zulässig oder unzulässig sein; Zahl der Werbetreibenden und Maß der Anwendung seien in aller Regel kein Kriterium der Sittenwidrigkeit. Ein zulässiges Werbemittel sei nicht deshalb sittenwidrig, weil es - in weiterem Umfang angewendet - zu einer Verschärfung des Wettbewerbskampfes führen müsse; das sei die Begleiterscheinung jeder erfolgreichen Werbung.

BURMANN⁶⁴ kritisiert die Rechtsprechung mit dem Hinweis, daß die Nachahmung einer Werbung grundsätzlich zulässig sei und nur beim Hinzutreten besonderer Umstände unlauter werde; wenn aber schon die Nachahmung als solche rechtlich unbedenklich sei, so könne die Nachahmungsgefahr ihrerseits nicht die Grundlage für ein Unwerturteil i. S. des § 1 UWG abgeben.

Gegen die Berücksichtigung der Nachahmungsgefahr haben sich weiterhin ausgesprochen GODIN-HOTH⁶⁵ und MEYER-

⁶²GRUR 1962, 439.

⁶³MA 1956, 83 (85).

⁶⁴Betrieb 1964, 575 (578).

⁶⁵§ 1 UWG Anm. 24.

CORDING⁶⁶. Auch in der Rechtsprechung blieb die Auffassung des BGH nicht unwidersprochen. So hat das OLG Hamburg⁶⁷ ausgeführt, die Nachahmungsgefahr sei für die Frage eines Verstoßes gegen die guten Sitten unbeachtlich. Ihre Berücksichtigung diene häufig nur dem Schutze der kleinen Unternehmer, der aber wegen der wirtschaftspolitischen Neutralität des UWG nicht mit diesem erreicht werden könne.

c) Eigene Auffassung

Die Nachahmungsgefahr ist kein relevantes Moment bei der Beurteilung einer Wettbewerbshandlung. Allerdings ist der Einwand BURMANNS⁶⁸, die Nachahmungsgefahr könne nicht berücksichtigt werden, weil ja sogar die Nachahmung selbst rechtlich nicht zu beanstanden sei, verfehlt. BURMANN erkennt dabei, daß nicht die Nachahmungsgefahr als solche unlauter sein soll, sondern durch die Gefahr der (lauteren) Nachahmung die an sich zulässige Wettbewerbshandlung zu einer unlauteren werden soll.

Auch das immer wieder vorgebrachte Argument, die Zahl könne bei einem wertbezogenen Urteil keine Rolle spielen, ist im hier zur Rede stehenden Fall in dieser Allgemeinheit nicht richtig. Wie ausgeführt, wird die an sich wertneutrale Verteilung von Warenproben dann unlauter, wenn sie die Behinderung auch nur eines Mitbewerbers herbeiführt. Ob aber ein Mitbewerber von seinem Markt ausgeschlossen wird, ist doch sicherlich ausschließlich eine Frage der Zahl der verteilten Proben. Bei der Massenverteilung von Warenproben kann also tatsächlich die Quantität in die Qualität umschlagen und somit aus einer an sich lauterer Maßnahme nur durch den Umfang ihrer Anwendung eine unlautere werden.

⁶⁶JZ 1964, 273 (276).

⁶⁷WRP 1963, 164 (167).

⁶⁸vgl. Anm. 63.

Die Nachahmungsgefahr muß jedoch deshalb außer Betracht bleiben, weil sie dem Werbungtreibenden nicht zugerechnet werden kann. Eine eventuelle Nachahmung könnte er höchstens deshalb zu vertreten haben, weil er durch seine eigene Werbung den Anlaß dazu geboten hat, denn ohne geeignete Gegenmaßnahmen würden die Konkurrenten zurückgedrängt werden. Dagegen ist zu sagen, daß auch eine besonders intensive klassische Reklame die Veranlassung zu einer massenweisen Verteilung von Warenproben geben kann; andererseits besteht keineswegs eine zwangsweise Entwicklung dahin, daß nun auch die Mitbewerber im selben Gebiet eine Werbung mit Warenproben durchführen müssen. In zu kurzen Abständen durchgeführt, wird dieses Werbemittel viel von seiner Schlagkraft verlieren, für die Konkurrenten wird es also vorteilhafter sein, auf andere Werbemittel auszuweichen.

Wenn demnach auch eine vorausschauende Berücksichtigung des Verhaltens der Mitbewerber abzulehnen ist, so ist doch eine Gesamtbetrachtung dann angezeigt, wenn tatsächlich eine Nachahmung erfolgt. Diese weitere Werbeaktion kann in ihren Auswirkungen nicht isoliert betrachtet werden, es ist vielmehr zu prüfen, ob durch sie im Zusammenhang mit der bereits abgeschlossenen Aktion die Gefahr des Marktausschlusses eines Mitbewerbers entsteht. Ist dies der Fall, so wird ausschließlich die zweite Aktion unzulässig, denn erst durch sie werden die Grenzen der lauten Werbung, die bei der ersten Aktion gewahrt blieben, überschritten. Den Mitbewerbern muß also unter Umständen zugemutet werden, in einem Bezirk, in dem eine Massenaktion mit Warenproben durchgeführt worden ist, für angemessene Zeit darauf zu verzichten, in diesem Bezirk ihrerseits Warenproben in großem Umfang zu verteilen, gleichgültig, ob diese Verteilung schematisch im Rahmen einer Massenaktion oder gezielt unter Prüfung des Probewunsches erfolgt. Darin ist keine unzulässige Beeinträchtigung ihrer Werbefreiheit zu sehen, sondern dieses Ergebnis ist Ausfluß des Prioritätsprinzips, das in unserer Rechtsordnung

durchaus Anerkennung gefunden hat und insbesondere auch bei der Lösung von Interessenkonflikten Bedeutung hat⁶⁹.

II. Vergleichende Werbung und Eindringen in den fremden Kundenkreis

Eine besondere Form der Probenverteilung liegt dann vor, wenn die Proben immer nur an Käufer von Konkurrenzartikeln abgegeben werden. Eine solche Werbung wird zu besonders geringen Streuverlusten führen, da sie nur potentielle Abnehmer erfaßt; gegen die Zulässigkeit eines derart gezielten Vorgehens bestehen aber auch erhebliche Bedenken.

1. Vergleichende Werbung

Zunächst liegt es nahe, eine solche Werbung unter dem Gesichtspunkt der vergleichenden Werbung zu betrachten; diese, d. h. die Bezugnahme in der Werbung auf einen oder mehrere Mitbewerber, wird in Rechtsprechung und Literatur noch überwiegend für unlauter gehalten, unabhängig davon, ob die Behauptungen wahr oder unwahr sind⁷⁰. Für diesen Standpunkt wird geltend gemacht, eine solche Werbung könne die Käufer verwirren, da die Nachteile der eigenen Waren verschwiegen würden; niemand könne in eigener Sache objektiv urteilen, es werde vielmehr versucht, die Meinungsbildung zum Nachteil des Mitbewerbers zu verfälschen. Die Bildung eines Urteils über die angebotenen Waren sei Sache des Verkehrs, nicht des Wettbewerbers.

⁶⁹Vgl. v. GODIN, GRUR 1966, 127 (131).

⁷⁰SPENGLER, WRP 1965, 121 ff; KRIEGER, BB 1962, 240; REIMER, Kap. 78 Anm. 11; TETZNER, UWG § 1 Anm. 131; RG GRUR 1927, 486 (488); BGH GRUR 1959, 488 (489): Konsumgenossenschaft; BGH GRUR 1962, 45 (48): Betonzusatzmittel.

Für die Zulässigkeit einer wahren vergleichenden Werbung - zumindest in bestimmten Punkten (technische Daten, Preis) - wird in neuerer Zeit hauptsächlich geltend gemacht, daß dadurch die Markttransparenz erheblich verbessert werden könne⁷¹.

Bei der geschilderten Form der Probenverteilung wird nun zweifellos ganz bewußt ein unmittelbarer Vergleich der beiden Waren herbeigeführt; die Grundsätze über die vergleichende Werbung können darauf aber nicht angewandt werden, da alle Momente, die nach der h. M. die Unlauterkeit begründen, gerade nicht vorliegen. So liegt insbesondere kein Urteil des Werbenden über seine eigenen Waren und diejenigen des Mitbewerbers vor, sondern es wird nur der Umworbene in die Lage versetzt, durch die Gegenüberstellung beider Waren sich selbst ein Urteil darüber zu bilden, welche für seine Zwecke besser ist. Ein solches Verhalten ist aber nicht etwa unlauter, sondern im Interesse des Publikums zu begrüßen. Schließlich ist dabei auch die Gefahr einer Meinungsverfälschung zum Nachteil der Mitbewerber ausgeschlossen; denn es findet ja eine objektive Gesamtbeurteilung durch das Publikum statt, Vor- und Nachteile beider Waren treten bei der Erprobung gleichermaßen in Erscheinung.

So hat auch im Kukident-Fall der BGH ausdrücklich erklärt, daß eine derartige Probenverteilung keine vergleichende Werbung darstelle⁷²; eine solche liege auch nicht in der durch die ständige Beigabe stillschweigend zum Ausdruck gebrachten Empfehlung. Der Vergleich der Waren des eigenen Sortiments gehöre zumindest beim Fachgeschäft zu den Grundfunktionen des Einzelhandels und werde vom Kunden auch erwartet.

⁷¹RINCK, BB 1962, 105 ff; SCHWAMBERGER, NJW 1961, 1185 ff; VÖLP, WRP 1965, 121 ff.

⁷²GRUR 1963, 197 (202).

2. Eindringen in den fremden Kundenkreis

Bei dieser Verteilungsmethode wendet sich die Werbung immer nur gerade an die Kunden der Mitbewerber, es wird also planmäßig versucht, in deren Kundenstamm einzudringen. Indes kann darin kein Unlauterkeitsmerkmal gesehen werden. Der Wettbewerbskampf spielt sich bei vielen Konsumgütern zum ganz überwiegenden Teil in der Form ab, daß versucht wird, die Kunden von den Mitbewerbern wegzulocken, weil neue Verbraucherschichten nicht mehr gewonnen werden können. Die gesamte Werbung kann also nur zu einer Umverteilung der Käufer führen. Der Angriff auf den Kundenstamm eines Mitbewerbers ist also einer Wettbewerbswirtschaft wesenseigen, der Kundenstamm eines Unternehmens ist nicht geschützt und kann auch nicht geschützt werden, ohne daß der Wettbewerb zum Erliegen käme⁷³. Das gilt selbst dann, wenn das Eindringen in den fremden Kundenkreis systematisch erfolgt und der Aufbau des Kundenkreises mit erheblichen Mühen und Kosten verbunden war⁷⁴. Die Unlauterkeit der planmäßigen Beigabe von Warenproben beim Verkauf von Konkurrenzartikeln könnte sich demnach nur beim Hinzutreten besonderer Umstände ergeben. Das hat auch der BGH im Kukident-Urteil ausgeführt.

Allerdings wird man gerade in diesem Fall im Gegensatz zum BGH das Vorliegen solcher Umstände bejahen müssen. Das systematische Eindringen in den Kundenkreis eines Mitbewerbers ist sicherlich an sich nicht unlauter, zumal dann

⁷³BGH GRUR 1952, 582 (584): Sprechstunden; BGH GRUR 1960, 558 (559): Eintritt in Kundenbestellung; RGZ 134, 342 ff: Tankstelle; BAUMBACH-HEFERMEHL, Allg. Grundlagen Rdz. 17 ff; GODIN-HOTH, § 1 UWG Anm. 15.

⁷⁴BGH GRUR 1963, 197 ff: Kukident; RG GRUR 1939, 728 (730); RG GRUR 1930, 191 (192); OLG Wien GRUR 1929, 1067 ff; BAUMBACH-HEFERMEHL, § 1 UWG Rdz. 331.

nicht, wenn es mit Hilfe eines so sachlichen Werbemittels wie der Warenprobe erfolgt. Aber dem BGH hat BUSSMANN⁷⁵ zu Recht den Vorwurf gemacht, daß er sich bei der Prüfung zu sehr an herausgearbeitete Normentatbestände geklammert hat. Die erforderliche Gesamtbetrachtung stempelt dieses Wettbewerbsverhalten als unlauter ab. Es handelt sich um ein Produkt, für das nur ein beschränkter Abnehmerkreis besteht, der sich zudem auf alle Schichten verteilt. Weiterhin kommt dazu, daß es jedermann peinlich ist, seinen Bedarf an diesen Mitteln zuzugeben. Unter diesen Umständen bedarf es großer Mühen und einer aufwendigen Werbung, um sich einen festen Kundenstamm zu schaffen. Wenn nun ein Mitbewerber sich selbst diesen Aufwand zu Nutzen macht und seine eigene Werbung auf diesen in jahrelanger Arbeit ermittelten Abnehmerkreis beschränkt, so verschafft er sich gegenüber dem Konkurrenten einen unlauteren Vorsprung.

Dieses Ergebnis kann aber nur für eine derart zugespitzte Fallgestaltung gelten. Als Grundsatz bleibt in Übereinstimmung mit dem BGH festzuhalten, daß das Eindringen in den fremden Kundenkreis lauter ist; das gilt selbst für den Fall, daß der Konkurrent erst den Bedarf für die betreffende Warenart geweckt hat. Dieses Eindringen kann auch gezielt in der Form erfolgen, daß Warenproben jeweils beim Kauf der Konkurrenzartikel mitgegeben werden.

III. Verstoß gegen gesetzliche Regelungen und Vertragsbruch

1. Verstoß gegen gesetzliche Regelungen

a) Wenn auch eine allgemeine Regelung der Abgabe von Warenproben durch den Gesetzgeber nicht erfolgt ist, so ist doch die Zulässigkeit ihrer Abgabe in Einzelfällen durch gesetzliche Regelungen beschränkt. In erster Linie sind hiervon Heilmittel betroffen. § 34 Abs. 3 des Gesetzes über den Verkehr mit Arzneimitteln vom 16. 5. 1961⁷⁶

⁷⁵Anm. zu Kukident GRUR 1963, 203.

⁷⁶BGBI. I, 533 ff.

bestimmt: "Hersteller, Vertriebsunternehmer und Großhändler dürfen Muster von Arzneispezialitäten⁷⁷ an die zur Ausübung der Heilkunde, Zahnheilkunde oder Tierheilkunde befugten Personen auf jeweilige Anforderung in einem dem Zwecke der Erprobung angemessenen Umfang abgeben oder abgeben lassen, Muster von verschreibungspflichtigen Arzneispezialitäten jedoch nur an Ärzte, Zahnärzte oder Tierärzte." Eine weitere Vorschrift bringt § 9 Z. 14 des Heilmittel-Werbegesetzes vom 11. 7. 1965⁷⁸: "Außerhalb der Fachkreise darf für Arzneimittel, Verfahren, Behandlungen, Gegenstände oder andere Mittel nicht geworben werden ... 14. durch die nichtverlangte Abgabe von Mustern oder Proben oder durch Gutscheine dafür."

Daneben ist die Werbung mit Warenproben dann nicht möglich, zumindest aber stark eingeschränkt, wenn die Abgabe der Ware selbst nur an bestimmte Personen zulässig ist, so etwa bei verschreibungspflichtigen Arzneimitteln⁷⁹ und Sprengstoffen⁸⁰.

b) In all diesen Fällen ist die Abgabe entgegen dem Verbot bzw. an Personen, die die erforderliche behördliche Genehmigung nicht besitzen, mit Strafe oder Geldbuße bedroht⁸¹. Darüber hinaus kann in einer solchen Handlung auch ein Verstoß gegen die guten Sitten liegen und eine solche Abgabe demnach gemäß § 1 UWG unzulässig sein.

Der BGH hat in mehreren Urteilen ausgeführt, daß ein Gesetzesverstoß nicht ohne weiteres die Unlauterkeit der

⁷⁷Zur Begriffsbestimmung siehe § 4 des Gesetzes.

⁷⁸BGBI. I, 604 ff.

⁷⁹§ 35 Abs. 1 Arzneimittelgesetz.

⁸⁰§ 1 Abs. 1 Sprengstoffgesetz in der Fassung vom 31. 7. 1952 (BayBS I 383).

⁸¹Vgl. § 47 Abs. 1 Z. 1 Arzneimittelgesetz, § 13 Abs. 1 Z. 6 Heilmittelwerbe-gesetz.

Handlung begründet⁸². Es müsse sich vielmehr um Vorschriften, die Ausdruck einer sittlichen Wertung sind, handeln; beim Verstoß gegen wertneutrale Ordnungsvorschriften müßten noch weitere Gesichtspunkte hinzutreten. Ein solcher Umstand liege dann vor, wenn die Mitbewerber ebenfalls an die Schranken dieser Vorschriften gebunden seien und der Rechtsbrecher bewußt und planmäßig deren Rechtstreue ausnütze.

Danach ist also im Einzelfall zu unterscheiden, welchen Inhalt das Gesetz hat. Beim Verkehr mit Arzneimitteln ist der gesundheitspolitische Einschlag von Bedeutung⁸³. Eine Gefährdung dieser Ziele durch den Eigennutz eines Unternehmers wird von der herrschenden Sittenauffassung nicht gebilligt; ein Verstoß gegen diese Vorschriften führt immer zur Unlauterkeit im Sinne des § 1 UWG⁸⁴.

Bei reinen Ordnungsvorschriften sind immer die Umstände des Einzelfalles ausschlaggebend. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, daß die Werbung in diesen Fällen besonders erfolgreich sein wird, weil für derartige Waren gemeinhin nicht mit Warenproben geworben wird. Der ungehörige Vorsprung ist also in allen Fällen gegeben.

2. Vertragsverletzung

a) Der Bruch eines zwischen einzelnen geschlossenen Vertrages kann zwar zur Wettbewerbswidrigkeit führen, es ist dabei aber ein besonders stark ausgeprägtes Ver-

⁸²BGHZ 22, 167 (180): Arzneifertigwaren; BGHZ 23, 184 (186): Spalt-Tabletten; GRUR 1957, 558 (559): Bayern-Expres; vgl. auch RGZ 166, 315 (319). In der Literatur findet diese Rechtsprechung Zustimmung, vgl. BAUMBACH-HEFERMEHL, § 1 UWG Rdz. 340 ff; ULMER, Sinnzusammenhänge, S. 24; HEFERMEHL, GRUR 1957, 560.

⁸³Vgl. BGHZ 22, 167 ff.

⁸⁴OLG Hamburg WRP 1966, 37.

trauensverhältnis erforderlich⁸⁵. Für die Beurteilung von Warenproben bedeutsam ist der Bruch von Verträgen, die die Mitbewerber gleichmäßig binden, die also eine par conditio concurrentium schaffen. Eine Festlegung dessen, was die guten Sitten im Wettbewerb fordern, wird dadurch in aller Regel nicht geschaffen, eine Ausnahme kann höchstens bei der Fixierung standeswidrigen Verhaltens vorliegen. Im übrigen muß die Sittenwidrigkeit selbständig festgestellt werden⁸⁶. Die Verletzung solcher Vereinbarungen ist ebenso zu behandeln wie die Verletzung von Ordnungsvorschriften, Unlauterkeit tritt also nur dann ein, wenn der planmäßige Vertragsbruch zu einem ungehörigen Vorteil führt⁸⁷.

b) Voraussetzung der Verbindlichkeit solcher Verträge ist ihre Zulässigkeit nach dem GWB. Dem Bundeskartellamt sind einzelne Wettbewerbsregeln, die sich u. a. auch mit Warenproben befassen, zur Eintragung in das Register für Wettbewerbsregeln vorgelegt worden, so vom Verband der diätetischen Lebensmittelindustrie e. V. Regel 2 a bestimmt hier, daß eine Werbung unzulässig ist, wenn "einem Verbraucher mehr Ware der gleichen Warenart zur Probe gegeben oder sonstwie kostenlos zugänglich gemacht wird, als er für eine einmalige grundsätzliche Erprobung von Geschmack und Bekömmlichkeit benötigt, bei Kindernahrung also z. B. mehr als 50 g bzw. eine einzelne Mahlzeit"⁸⁸. Nach den Regeln des Markenspirituosen-Industrie e. V. soll die Abgabe von Warenproben

⁸⁵Vgl. RGZ 119, 415 ff: Elfenreigen.

⁸⁶BAUMBACH-HEFERMEHL, Einl. UWG Rdz. 62 ff.

⁸⁷BAUMBACH-HEFERMEHL, § 1 UWG Rdz. 351 ff; REIMER, 80. Kap. IV Rdz. 7; GODIN-HOTH, § 1 Anm. 16 ff; HEFERMEHL, Festschrift für Nipperdey, S. 283 (300).

⁸⁸BB 1964, 659.

von mehr als 5 cl unzulässig sein⁸⁹.

Bei der planmäßigen Verletzung solcher verbindlichen Wettbewerbsregeln versucht der Werbende, die Vertragstreue der Mitbewerber dazu auszunutzen, einen nicht auf besserer Leistung beruhenden Vorteil zu erringen, die Werbung ist unlauter.

c) Bedeutung haben derartige Verträge für alle Mitbewerber, auch diejenigen, die nicht Vertragspartner sind, insoweit, als in ihnen die allgemeine Anschauung über das Höchstmaß der Probemenge zum Ausdruck kommen kann. Bei der Prüfung dieser Frage sind sie immer heranzuziehen.

IV. Gewährung von Sondervorteilen an die Händler

1. In Rechtsprechung und Literatur wird anerkannt, daß der

Gesichtspunkt der Bestechung und der unsachlichen Beeinflussung im Verhältnis vom Produzenten zum Händler eine wesentlich geringere Rolle spielt als im Verhältnis zum letzten Verbraucher⁹⁰. Die maßgebenden Gesichtspunkte dafür liegen in der größeren Sachkunde begründet; ein Kaufmann wird auch dann, wenn ihm etwa ein Vorspannangebot gemacht wird, die Ware auf Qualität und Preiswürdigkeit kritisch prüfen. Die bei ihm naturgemäß vorherrschenden wirtschaftlichen Überlegungen werden ihn auch in aller Regel davon abhalten, im Hinblick auf einen vordergründigen Vorteil größere Mengen einzukaufen, als er normalerweise absetzen kann. Bei einer krassen Übersteigerung dieser unsachlichen Kaufanreize kann aber doch Unlauter-

⁸⁹Industriekurier 1965 Nr. 134 vom 28. 8. 1965, 5.

⁹⁰BGH WRP 1965, 257 (258): Omo; BGH GRUR 1957, 365 (369): Suwa (insoweit nicht in der amtlichen Sammlung abgedruckt); BGH GRUR 1959, 138 (140): Italienische Note; BAUMBACH-HEFERMEHL, § 1 UWG Rdz. 144.

keit eintreten⁹¹.

2. Die Zuwendung besonderer Vorteile an die Einzelhändler ist im Rahmen der Werbung mit Warenproben besonders häufig bei der Massenverteilung von Originalwaren anzutreffen. Dabei wird die benötigte Menge der Probeware bei den örtlichen Einzelhändlern vom werbenden Unternehmen zum regulären Endverkaufspreis gekauft oder es wird diesen die übliche Handelsspanne erstattet.

Bei der Beurteilung eines derartigen Vorgehens ist zu bedenken, daß die Absatzchancen der Einzelhändler des betreffenden Gebietes bei einer Massenaktion besonders stark beeinträchtigt werden, durch den sogenannten Barrückkauf wird nur der ihnen durch die Werbeaktion entstehende Verdienstausschlag ausgeglichen. Diesen Ausgleich muß derwerbende schon im eigenen Interesse schaffen, da er sonst die Einzelhändler vergrämen würde. Bei der Stellung, die diese als Berater der Verbraucher einnehmen, würde das zwangsläufig negative Folgen haben⁹². Außerdem werden bei der Werbung mit Gutscheinen meist die Einzelhändler bei der Verteilung der Waren herangezogen, der Rückkauf stellt dann einen Ausgleich für diese Dienste dar. Allein die Tatsache, daß dieser Verdienst mit weniger Mühe und Risiko erzielt werden kann, führt noch nicht zu einer beachtlichen unsachlichen Beeinflussung der Einzelhändler. Der Barrückkauf ist demnach grundsätzlich lauter⁹³.

Die Unlauterkeit kann sich jedoch aus den Umständen des Einzelfalles dann ergeben, wenn durch die Koppelung der rückgekauften Menge mit einer Bestellung durch den

⁹¹BGHZ 3, 339 ff; Rasierklingen; BAUMBACH-HEFERMEHL, § 1 UWG Rdz. 152.

⁹²SPENGLER, MA 1955, 87 (92).

⁹³RG GRUR 1938, 207 (211): Persil; BGH GRUR 1957, 365 (369): Suwa; OLG Hamburg WRP 1956, 247 (249).

Einzelhändler eine Behinderung der Wettbewerber in ihren Absatzchancen erfolgt. Der BGH hat es im Suwa-Urteil⁹⁴ als noch zulässig angesehen, daß der Rückkauf durch einen Vertreter erfolgt, der gleichzeitig um neue Bestellungen nachsucht, wenn die Zahl der rückgekauften Pakete ausschließlich an der für die Werbeaktion benötigten Menge ausgerichtet wird. Dieser Ansicht kann gefolgt werden, wenn der Rückkauf nicht von einer Bestellung abhängig gemacht wird und die Verteilung der benötigten Menge auf die einzelnen Einzelhändler vom Umfang ihrer neuen Bestellungen unabhängig ist. Wenn der Rückkauf von einer Bestellung abhängig gemacht wird, so kann das den Kaufmann zum sachlich nicht gerechtfertigten Kauf der Ware bewegen; das gilt zumal dann, wenn ein bestimmter Prozentsatz der bestellten Ware sofort gegen bare Vergütung zurückgekauft wird. Die Aussicht auf einen mühelosen Verdienst kann den Kaufmann dazu verlocken, erheblich größere Mengen der Ware zu kaufen, als er tatsächlich benötigt. Dieser unsachliche Kaufanreiz ist unlauter, weil er zu einer Schädigung der Händler führt, denn diese legen einen Teil ihres Betriebskapitals für längere Zeit falsch an. Daneben führt er aber auch zu einer Behinderung der Mitbewerber. Da der Kaufmann große Mengen der betreffenden Ware auf sein Lager nimmt, wird er Konkurrenzartikel kaum kaufen und insbesondere in Verkaufsgesprächen immer das eine Produkt anpreisen. Die Absatzchancen der Konkurrenten werden dadurch also geschmälert; da dies durch eine unlautere Handlung geschieht, spielt hierbei die Frage des Marktausschlusses - im Gegensatz zur Beurteilung der Verteilung der Warenproben selbst - keine Rolle.

Eine Koppelung der rückgekauften Menge an die Warenbezüge während eines bestimmten Zeitraums in der Vergangenheit ist hingegen zulässig. Hierbei fehlt der

⁹⁴GRUR 1957, 365 (369).

unsachliche Kaufanreiz, da ja zum Zeitpunkt der Bestellung der Rückkauf noch nicht bekannt war. Diese Art der Koppelung ist aber auch sachgemäß, da sie in etwa das Ausmaß der Benachteiligung durch die Werbeaktion berücksichtigt.

§ 12 Nichteinhaltung des Probezwecks

Eine besondere Beurteilung von Warenschenkungen ist dann angebracht, wenn sie zwar ausdrücklich als Warenproben gewährt werden, jedoch der Probezweck nicht gewahrt ist. Wie bereits oben¹ dargelegt, ist dieser das entscheidende Merkmal bei der Unterscheidung zwischen Warenprobe und Werbegabe. Zweifel an der Aufrichtigkeit des verfolgten Probezwecks können sich ergeben aus der abgegebenen Menge und den Umständen der Abgabe, insbesondere bei wahlloser Verteilung.

I. Zulässige Probemenge

Wie bereits bei der Begriffsbestimmung² ausgeführt, ist die zulässige Höchstmenge, die als Warenprobe verteilt werden darf, danach zu bestimmen, was für eine sinnvolle Erprobung erforderlich ist. Wenn auch die Entscheidung immer nur am Einzelfall getroffen werden kann, so lassen sich doch einige allgemein gültige Kriterien aufstellen.

1. Durchschnittlicher Bedarf

Als zulässig ist diejenige Menge anzusehen, die der Umworbene zur Anwendung der Ware in dem bei ihm üblichen Arbeitsgang benötigt. Für die Bestimmung der Probemenge ist demnach auf den Bedarf des Empfängers abzustellen. Hierbei darf aber durchaus ein verallgemeinernder Maßstab angelegt werden. Es ist also nicht etwa so, daß - um beim Beispiel der Waschmittel zu bleiben - der Empfänger der Probe erst befragt werden muß, ob er eine Waschmaschine für 4 oder 8 kg Wäsche hat und ob der be-

¹Oben § 5 III.

²Oben § 4 III 3.

treffende Haushalt 2, 3 oder 4 Personen umfaßt. Auszugehen ist gewissermaßen vom statistischen Normalfall; wenn dann im Einzelfall die gewährte Menge größer als erforderlich ist, so ist das unschädlich.

Das hat das RG in seiner Eiformbrikett-Entscheidung³ klar ausgesprochen: "Wenn die Warenprobe die Aufgabe hat, dem Umworbenen die Prüfung der Ware auf ihren Gebrauchswert zu ermöglichen, so kann die Menge nicht so knapp bemessen werden, daß sie nur unter besonders günstigen Umständen (kleiner Ofen, günstige Witterungsverhältnisse) zur Feststellung der Eigenschaften ausreicht, auf die es dem Käufer ankommt. Wie groß die Warenprobe im Einzelfall sein darf, ist wesentlich Tatfrage. ... Nach S. 10/11 des Berufungsurteils ist das OLG davon ausgegangen, daß die Brikettmenge von 25 Pfund für die einmalige Füllung und damit zur Vornahme einer ordnungsmäßigen Heizprobe nur von einem großen Dauerbrenner erfordert wird, und daß die gleiche Menge Heizstoff für einen Ofen mit kleinerer Heizfläche (und entsprechend geringerer Heizleistung) einige Tage länger ausreicht. Wenn es darin kein Hindernis sieht, die unentgeltlich abgegebene Brikettmenge in allen Fällen als Warenprobe zu betrachten, so ist ihm darin beizustimmen. Denn wenn man verlangen wollte, daß die Probemengen immer nach dem Bedarf im Einzelfall begrenzt werden müßten, so würde die Werbung mit Warenproben offensichtlich in einer Weise erschwert, daß sie nicht mehr durchführbar wäre." Dieser Argumentation ist zu folgen; es wäre in der Tat eine Erschwerung, die praktisch auf ein Verbot der Werbung mit Warenproben hinauslaufen würde, wenn man Ermittlungen im Einzelfall für erforderlich erklären würde. Der Ausweg, dann eben auf den

³GRUR 1938, 849 (852).

Fall abzustellen, in dem die geringste Probenmenge erforderlich ist, denn diese ist ja jedenfalls ohne Überprüfung zulässig, würde die Werbung aus den unten zu 3. angeführten Gründen in ihrer Wirkung bescheiden.

Die getroffene Feststellung, daß die Probemenge davon abhängt, wieviel der Umworbene zur Erprobung benötigt, ist also so aufzufassen, daß der mittlere Verbrauch einer bestimmten Verbrauchergruppe, der der Probenempfänger zuzuordnen ist (z. B. privater Haushalt oder Großwäscherei), immer als zulässige Menge anzusehen ist. Wenn allerdings im Einzelfall eine größere Menge abgegeben werden soll, so muß das durch detailliert festgestellte Umstände gerechtfertigt sein.

2. Entscheidung nach der Art der Ware

Welche Menge danach noch zulässig ist, hängt letztlich immer von der Art der Ware ab. Darauf hat das OLG Hamm in einer Entscheidung, bei der die Verteilung von 0,7 l Mineralwasser zur Erprobung stand, zu Recht stark abgestellt⁴. Es hat ausgeführt, daß Mineralwasser in größeren Mengen und Zügen getrunken werden; auf diese Gewohnheit könne Rücksicht genommen werden. Bei einer kleineren Menge würde unter Umständen kein kennzeichnender Eindruck von Geschmack und durstlöschender Wirkung vermittelt. Gerade diese Gesichtspunkte seien aber bei Erfrischungsgetränken entscheidend.

Somit läßt sich keine einheitliche Grenze etwa für Getränke festlegen. Bei Wein z. B. kommt es ausschließlich auf die typische Geschmacksrichtung an, die sich schon bei geringen Mengen (2 bis 3 kleine Schluck) feststellen läßt. Die Werbeaktion für den "Goldenen Oktober", bei der insgesamt über 1 Million Liter Wein in 1/4 l Flaschen zur Probe verteilt werden sollten, war demnach

⁴WRP 1966, 107 ff.

- was das LG Koblenz⁵ gar nicht geprüft hat - schon wegen Überschreitung der Probemenge keine Werbung mit Warenproben mehr.

Eine Beschränkung der Probemenge ist dann geboten, wenn sich ihre entscheidende Eigenart erst bei längerem Dauergebrauch zeigt; hier kann nur eine kleine Menge, die eine Geschmacks- und Bekömmlichkeitsprüfung ermöglicht, zur Probe abgegeben werden⁶. Gegen eine einmonatige Zusendung einer Tageszeitung bestehen keine Bedenken⁷, bei einer Fachzeitschrift werden bereits einige Exemplare ausreichend für die Beurteilung sein.

Diese wenigen Beispiele zeigen, daß die aufgeworfene Frage nicht allgemein beantwortet werden kann. Die Entscheidung kann immer nur im Einzelfall getroffen werden, da nur unter Berücksichtigung aller Umstände festzulegen ist, welche Menge noch als zur Erprobung erforderlich angesehen werden kann.

3. Verteilung handelsüblicher Einheiten?

Die Frage, ob eine Höchstgrenze der Art besteht, daß die zur Verteilung gelangende Menge auf jeden Fall unter der Menge bleiben muß, die als handelsübliche Einheit vertrieben wird, ist heute abschließend im negativen Sinn entschieden⁸. Allerdings wird auch heute noch zu Recht angenommen, daß beim Erreichen dieser Grenze eine Vermutung gegen das Vorliegen einer Warenprobe spricht; diese Vermutung kann aber durch besondere Umstände wider-

⁵BB 1965, 561.

⁶Vgl. die Stellungnahme des Bundeskartellamtes zu den Wettbewerbsregeln der diätetischen Lebensmittelindustrie BB 1964, 659.

⁷BGH GRUR 1957, 600 ff: Westfalen-Blatt.

⁸Vgl. BGHZ 23, 365 ff: Suwa; BGH GRUR 1957, 363 ff: Sunil; RG GRUR 1938, 207 ff: Persil; BRANDT, GRUR 1955, 327 ff; BURMANN, II 365 S. 4; BAUMBACH-HEFERMEHL, § 1 UWG Rdz. 107.

legt werden, wenn sich aus ihnen ergibt, daß eine echte Erprobung nur mit einer größeren Menge durchführbar ist.

In diesem Zusammenhang ist bedeutsam, daß bei der Probengewährung von der üblichen Anwendung ausgegangen werden darf. Selbst wenn also eine Erprobung im kleinen Rahmen durchführbar wäre, darf doch diejenige Menge abgegeben werden, die für den betreffenden Arbeitsvorgang normalerweise erforderlich ist. Das kommt deutlich in den höchstrichterlichen Urteilen über die Waschmittelwerbung zum Ausdruck⁹. Die Wirkung eines Waschmittels kann zwar auch bei der Wäsche eines oder einiger weniger Stücke ersehen werden. Es kann jedoch der umworbenen Hausfrau nicht zugemutet werden, sich neben der normalen Wäsche noch die Arbeit einer "Probewäsche" zu machen, die Werbung mit Warenproben würde damit viel von ihrer Wirkung einbüßen.

Dieses Ergebnis läßt sich auch aus dem Wesen der Warenprobe heraus rechtfertigen. Die Erprobung soll die Vorzüge der Ware für den Umworbenen klarlegen; das läßt sich nicht nach einer speziellen Probeanwendung, sondern nur nach einer Verwendung im üblichen Rahmen beurteilen.

II. Einfluß der Neuheit der Ware

1. Beschränkung auf neue Waren?

Für eine Beschränkung der Zulässigkeit von Warenproben nur auf neue Waren sprechen hauptsächlich zwei Gesichts-

⁹Besonders in RG GRUR 1938, 207 (210): Persil, wo das RG ausführt: "Wenn es (sc. das OLG) weiter selbst eine große Packung in den Fällen, in denen sie nach der Größe des Waschkessels allein in Betracht kam, deshalb noch als Warenprobe erklärt, weil der Geschäftsmann, der die Erprobung eines Waschmittels durch die Hausfrau erreichen will, ihr nicht zumuten könne, daß sie eine Teilwäsche veranstalte, damit nur eine kleinere Menge des Waschmittels erforderlich werde, so bestehen dagegen keine rechtlichen Bedenken."

punkte: Damit würde weitgehend sichergestellt, daß der Erprobungszweck zur Geltung kommt, denn bei neuen und noch unbekannten Waren ist der Fall, daß der Probenempfänger die Ware bereits kennt und deshalb ein Probebedürfnis ausscheidet, praktisch sehr selten; außerdem könnten mit einer derartigen Beschränkung die sich aus dem Fragenkreis der Marktsättigung und der Nachahmungsgefahr ergebenden Probleme in ihrer praktischen Bedeutung wesentlich eingeschränkt werden.

Dennoch ist eine solche Beschränkung nur vereinzelt befürwortet worden¹⁰. Die Werbung mit Warenproben wurde von Anfang an auch für bereits eingeführte Waren zugelassen¹¹. Dem ist voll zuzustimmen. Die Werbung für eine Ware kann sich nicht auf die Zeit ihrer Markteinführung beschränken; es bestünde dann die Gefahr, daß sie wieder aus dem Bewußtsein der Verbraucher verschwindet, insbesondere daß sie durch neue Produkte verdrängt wird. Es muß auch die Möglichkeit eröffnet sein, den Abnehmerkreis zu vergrößern und abgefallene Kunden wieder zu gewinnen. Schließlich besteht ein Bedürfnis dafür, die Verbraucher über neue Verwendungsmöglichkeiten aufzuklären und darzutun, daß die Ware auch bei veränderter Anwendungsgewohnheit ihre volle Tauglichkeit behält, daß also z. B. ein herkömmliches Waschmittel auch in einem modernen Waschautomaten verwendet werden kann. Werbung ist auch für bereits eingeführte Waren eine Notwendigkeit. Wenn man aber die Hersteller solcher Waren auf die klassische

¹⁰ OLG Hamm JW 1937, 1263; Melitta; SPENGLER, MA 1953, 95 (98); CULEMANN, JW 1937, 1264; REIMER-KRIEGER, § 1 ZugVO Rdz. 11.

¹¹ RG GRUR 1938, 207 (209): Persil; BGH GRUR 1957, 363 (364): Sunil; WÜRDINGER, WuW 1955, 71 ff; WALTHER, WRP 1957, 161 (163), der allerdings bei bereits eingeführten Waren besonderen Wert auf den Nachweis des Probezwecks legt; BAUMBACH-HEFERMEHL, § 1 UWG Rdz. 108; BURMANN, II 365 S. 4.

Reklame verweisen würde, so würde das einen Wettbewerbsvorsprung für neue Konkurrenten bedeuten, der durch nichts gerechtfertigt ist. Auch ist, wie dargelegt¹², die Werbung mit Warenproben diejenige Werbeart, die den Prinzipien des Leistungswettbewerbs am besten entspricht.

2. Keine Erhöhung der Probemenge

Aus den angeführten Gesichtspunkten, die eine Gleichbehandlung von bereits eingeführten und neuen Waren rechtfertigen, ergibt sich auch, daß für neue Waren keine größere Probemenge zulässig ist. Dies könnte höchstens bei Anerkennung eines Gewöhnungszwecks der Fall sein. Die Gewöhnung an eine bestimmte unter mehreren Sorten stellt aber kein erlaubtes Ziel der Werbung mit Warenproben dar¹³; damit würde der Sinn dieser Werbung gerade in ihr Gegenteil verkehrt. Sie würde dann nicht mehr dazu dienen, dem Umworbenen ein objektives Urteil zu ermöglichen, so daß er sich dann aus rein sachlichen Überlegungen heraus für die für seinen Bedarf günstigste Ware entscheiden kann, sondern würde zu einer unsachlichen, rein emotionellen Beeinflussung führen.

3. Gewöhnungszweck bei neuartigen Waren

Bedeutung ist dem Gewöhnungszweck hingegen dann beizumessen, wenn es sich nicht nur um neue, sondern um völlig neuartige Waren handelt. Mit dieser Frage hat sich die Rechtsprechung insbesondere im Zusammenhang mit dem Streit um die Zulässigkeit einer Werbeaktion für Mehrzwecktücher auseinandersetzen müssen¹⁴.

¹²Oben § 9 V 3.

¹³BGH NJW 1965, 1325 (1328): Kleenex.

¹⁴OLG Hamburg WRP 1962, 46 ff und WRP 1963, 164 ff;
BGH NJW 1965, 1325 ff.

Zur Beurteilung stand folgender Sachverhalt: Die Klägerin stellte seit 1957 Mehrzwecktücher aus Papier her, die sich aber auf dem Markt noch nicht durchgesetzt hatten. Im Jahr 1961 begann die Beklagte eine Werbeaktion, bei der sie in der Hälfte von Wiesbaden in jedem zweiten Haushalt einen Gutschein für den kostenlosen Bezug einer Packung mit 100 Stück Papiertüchern Marke "Kleenex" überreichen ließ oder lassen wollte.

Vom OLG Hamburg wurde die Zulässigkeit der Werbung bejaht¹⁵. Es führte dazu aus, daß selbst angesichts der von der Beklagten behaupteten vielseitigen Verwendungsmöglichkeit 10 oder allenfalls 20 Tücher ausreichen würden, um einen ungefähren Eindruck von ihrer Verwendbarkeit zu geben. Zum reinen Erprobungszweck trete aber noch der Gewöhnungszweck. Ein solcher sei für Warenproben zwar grundsätzlich abzulehnen, denn die Verwendungsarten der Ware seien allgemein bekannt, es genüge also eine kurze Erprobung des angepriesenen speziellen Erzeugnisses. Anders sei es jedoch bei Waren, die ihrer Art nach völlig neu oder noch nicht weit verbreitet sind. Bei diesen müsse der umworbene Verbraucher erst zum Verbrauch herangeführt werden, wofür nur ein längerer Gebrauch, der in bescheidenem Rahmen eine gewisse Gewöhnung herbeiführen oder den Bedarf überhaupt erst wecken soll, ausreichend sei. Die Werbemaßnahme diene weniger dazu, den anderen Anbietern Kunden abspenstig zu machen, als vielmehr der Heranbildung neuer Konsumenten.

Der BGH hat in seinem Revisionsurteil die Ausführungen des Berufungsgerichts insoweit voll gebilligt¹⁶.

Die angeführten Argumente sind überzeugend. Zwar ist auch bei völlig neuartigen Waren ein Behinderungswettbewerb grundsätzlich möglich, denn es wird sich fast immer,

¹⁵WRP 1963, 164 ff.

¹⁶NJW 1965, 1325 (1328).

ausgenommen der praktisch wohl äußerst seltene Fall eines ganz neuartigen Bedürfnisses, um Substitutionswettbewerb handeln, der Absatz der herkömmlichen Mittel zur Befriedigung des betreffenden Bedarfs wird also erschwert. Demnach ist eine Gleichbehandlung mit anderen Warenproben geboten, wenn nicht ein besonderes Moment hinzukommt. Dieses Moment ist aber, worauf auch der BGH hingewiesen hat¹⁷, darin zu sehen, daß ein berechtigtes Interesse daran anzuerkennen ist, das Publikum durch Erproben für Neuerungen zu gewinnen, hinter dem die Interessen der Anbieter der herkömmlichen Waren zurückstehen müssen. Da althergebrachte Gewohnheiten häufig nur sehr schwer zugunsten einer Neuerung abgelegt werden, ist eine größere Probemenge in diesen Fällen erforderlich. Die Anerkennung des Gewöhnungszwecks führt letztlich nur zu einer gewissen Kompensation der alten Gewohnheit und damit zu einer rein sachlichen Beurteilung.

Daneben ist aber auch ein Interesse der Allgemeinheit an größeren Warenproben in derartigen Fällen anzuerkennen, da damit die Durchsetzung besserer Möglichkeiten der Bedürfnisbefriedigung erleichtert und die Wahrscheinlichkeit, daß neuartige Entwicklungen und somit eine fortschrittliche Lebensweise sich durchsetzen, vergrößert werden.

4. Gewöhnungszweck bei eingeführten Waren

Noch nicht geprüft wurde in der deutschen Rechtsprechung und Literatur die Frage, inwieweit auch bei Waren, die sich bereits durchgesetzt haben, ein Gewöhnungszweck anerkannt werden kann. Dies ist sicher nicht möglich, wenn die Umworbenen schon bisher gleichartige Waren verwendet haben. Jedoch ist es auch dann, wenn

¹⁷aaO

eine Ware sich am Markt schon durchgesetzt hat, möglich, daß breite Verbraucherkreise ihren Bedarf noch auf herkömmliche Weise decken. Auch in diesem Fall müssen die Gesichtspunkte, die gegen die Gewöhnung an eine bestimmte Marke sprechen, unberücksichtigt bleiben, denn es wird nicht in den Kundenstamm der (unmittelbaren) Mitbewerber eingegriffen, sondern es werden völlig neue Abnehmerkreise erschlossen, die Werbung führt also zu einer Konsumsteigerung. Damit kommt sie mittelbar auch den Mitbewerbern zugute, denn die Gewinnung der Verbraucher für eine andere Marke ist wesentlich einfacher als ihre Gewinnung für eine neue Warenart.

Daß dieser Gesichtspunkt auch bei bereits eingeführten Warenarten Bedeutung erlangen kann, hat der BGH im Suwa-Urteil zum Ausdruck gebracht¹⁸, allerdings nur im Zusammenhang mit der Marktsättigung, nicht mit der Frage der Probemenge. Im gleichen Zusammenhang hat die Gewinnung neuer Käuferschichten die Omo-Entscheidung des österreichischen OGH¹⁹ entscheidend beeinflußt, da in Österreich im maßgeblichen Zeitpunkt noch ein Großteil der Verbraucher mit Seife gewaschen hat.

Die Berücksichtigung des Gewöhnungszwecks bei der Bemessung der Probemenge für bereits eingeführte Waren kann allerdings nur bei gezielten Werbeaktionen erfolgen, niemals bei Massenaktionen. Es scheidet demnach die Verteilung von Proben durch eine Gutscheinaktion aus, es muß vielmehr durch den Einzelhandelskaufmann oder durch Werbekolonnen ein persönlicher Kontakt hergestellt und in jedem Einzelfall die Verbrauchsgewohnheit des Umworbenen festgestellt werden.

¹⁸BGHZ 23, 365 (373).

¹⁹Österreichische Blätter für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht 1956, 54 (56).

Wie groß die Warenprobe unter Berücksichtigung des Gewöhnungszwecks sein darf, kann nur jeweils im Einzelfall entschieden werden. Zunächst behalten natürlich die für den Erprobungszweck maßgeblichen Gesichtspunkte ihre Gültigkeit. Die zulässige Erhöhung der damit gefundenen Menge wird man danach beurteilen müssen, ob es sich um Waren des täglichen Bedarfs, die schon fast unbewußt verwendet werden, oder um solche, die nur selten gebraucht werden, handelt. Bei letzteren kann schon das Doppelte der zur reinen Erprobung erforderlichen Menge das Höchstmaß sein, in Grenzfällen kann die Berechtigung des Gewöhnungszwecks überhaupt entfallen, nämlich dann, wenn die Ware so selten gebraucht wird, daß von einer tiefverwurzelten Gewohnheit nicht mehr die Rede sein kann. Bei täglich verwendeten Waren muß man hingegen eine wesentlich stärkere Erhöhung zulassen, da hier die Gewöhnung eine größere Rolle spielt. Zu berücksichtigen ist aber auch die Dauer der reinen Erprobung. Wenn sich schon diese über mehrere Tage erstrecken kann - wie z. B. bei Bettwäsche aus Papier - so kann eine Steigerung der Menge der Warenprobe aus dem Gesichtspunkt des Gewöhnungszwecks nicht mehr anerkannt werden.

III. Prüfung des Probewunsches

Bei der Begriffsbestimmung ist darauf hingewiesen worden, daß das Vorliegen einer Warenprobe nur dann bejaht werden kann, wenn der Werbende mit der Schenkung den Zweck verfolgt, dem Empfänger der Ware eine Erprobung zu ermöglichen²⁰. Nun kann aber der Probezweck nur dann erreicht werden, wenn der Umworbene auch seinerseits bereit ist, eine Erprobung vorzunehmen und er die Ware noch nicht kennt, also ein Probebedürfnis vorliegt. Im Folgenden soll untersucht werden, ob eine Überprüfung dieses Probewunsches beim Publikum durch den Werbenden erforderlich ist.

²⁰Oben § 4 III 4.

1. Stellungnahme der Rechtsprechung

Der BGH hat in der Suwa-Entscheidung der Überprüfung des Probewunsches große Bedeutung beigemessen²¹. Allerdings hat der BGH dies offenbar nur auf den Fall der örtlich und zeitlich konzentrierten Massenabgabe von Originalwaren bezogen. In diesem Fall läßt er aber selbst die schriftliche Bestätigung, das Paket als "Warenprobe" empfangen zu haben, nicht genügen, da eine solche Bestätigung ohne weiteres unterschrieben werde und somit kein brauchbares Mittel für den Nachweis eines echten Probezwecks sei. Wenn eine solche Massenaktion ohne Überprüfung des Probewunsches durchgeführt werde, so sei das als Indiz dafür zu werten, daß der Probezweck nicht mehr gewahrt sei und nur einen Vorwand für das Verschenken der Originalware darstelle.

In der Sunil-Entscheidung²² hat der BGH ebenfalls die bloße Bestätigung des Probewunsches nicht als ausreichend angesehen, da sich dadurch keine Hausfrau von der Entgegennahme der Probe abhalten lasse. Eine Marktverstopfung könne damit also nicht vermieden werden. Im Kleenex-Urteil²³ ist das Gericht hingegen auf diesen Gesichtspunkt nicht eingegangen.

Das RG hat im Persil-Urteil²⁴ der Überprüfung des Probewunsches ebenfalls Bedeutung zuerkannt, ohne daß allerdings klar wird, welche Konsequenzen es aus dem Fehlen einer solchen Prüfung gezogen hätte. In der jüngeren Eierbrikett-Entscheidung²⁵ hat das RG auf eine solche Prüfung nicht abgestellt.

²¹BGHZ 23, 365 (368 f).

²²GRUR 1957, 363 (364).

²³WRP 1965, 223 ff.

²⁴GRUR 1938, 207 (210).

²⁵GRUR 1938, 849 ff.

Die eindeutigste Stellungnahme in der Rechtsprechung gegen das Erfordernis der Überprüfung des Probewunsches hat das OLG Hamburg abgegeben²⁶. Es hat ausgeführt, daß eine derartige Überprüfung durch ihren Arbeitsaufwand zu einer erheblichen Verteuerung der Werbung führen würde, die in jeder Hinsicht sinnlos sei, zumal keine Möglichkeit bestehe, den Probewunsch auf seine Aufrichtigkeit zu überprüfen.

2. Eigene Ansicht

In der Praxis wird eine gewisse Auswahl der Probenempfänger zumindest in den Fällen, in denen Originalwaren abgegeben werden, fast immer getroffen; das geschieht dadurch, daß die Proben von Werbern oder vom Einzelhandelskaufmann abgegeben werden, die sich vorher erkundigen, ob ein Probewunsch vorliegt, oder dadurch, daß Gutscheine für die Proben verteilt werden, die ja nur dann eingelöst werden, wenn ein Interesse am Erhalt der Ware besteht.

Diese Verteilungsmethoden können sicher nicht dazu führen, daß mit jeder W renabgabe der Probezweck erreicht wird; dies zu verlangen, würde aber auch eine ungerechtfertigte Überspitzung darstellen. Bei der Abgabe von speziellen kleinen Probepackungen ist es, soweit ersichtlich, unbestritten, daß eine Prüfung des Probewunsches nicht erforderlich ist. In den Fällen, in denen nur die Originalware zu einer echten Erprobung ausreicht, ist diese aber den kleinen Packungen völlig gleichzustellen. Die Überprüfung des Probewunsches wird vom BGH offensichtlich auch nicht als für sich selbst bedeutsam angesehen, sondern nur im Zusammenhang mit der Marktsättigung. In diesem Rahmen erscheinen diese Erwägungen aber als überflüssig, denn eine Marktsättigung

²⁶WRP 1956, 247 (248).

kann nicht von den Motiven einer Schenkung abhängig sein, sondern ausschließlich von ihrem Ausmaß; eine Bedarfsdeckung tritt immer ein, auch dann, wenn ein echter Probewunsch gegeben ist.

Schließlich ist auch das vom OLG Hamburg²⁷ gebrauchte Argument der Verteuerung der Werbung von Bedeutung. Zwar können die entstehenden Kosten grundsätzlich keine Rolle bei der Beurteilung einer Handlung nach § 1 UWG spielen. Wenn ein Kaufmann aus finanziellen Gründen nicht in der Lage ist, eine Handlung in lauterer Weise durchzuführen, so muß er sie eben ganz unterlassen. Hier ist es jedoch so, daß der erforderliche große finanzielle Aufwand die Durchführung einer grundsätzlich lautereren Werbung allgemein unmöglich machen oder doch zumindest sehr einschränken würde. Dabei wäre der gewünschte Erfolg selbst mit diesem Aufwand nicht zu erreichen, weil die Prüfung eines geäußerten Probewunsches auf seine Aufrichtigkeit niemals möglich ist. Das Erfordernis der Überprüfung des Probewunsches ist nach alldem abzulehnen²⁸.

IV. Rechtliche Beurteilung

1. Grundsätzliche Zulässigkeit

a) Wenn eine Warenschenkung nach diesen Ausführungen nicht mehr als echte Warenprobe anerkannt werden kann, so ist sie eine Werbegabe im oben²⁹ ausgeführten Sinn. Diese

²⁷aaO.

²⁸So auch GODIN-HOTH, § 1 ZugVO Ar.m. 12; BURMANN II 365 S. 5.

²⁹§ 3.

werden von der heute völlig herrschenden Meinung³⁰ abschließlich nach dem UWG, nicht etwa nach der ZugVO, beurteilt. Während früher solche Schenkungen grundsätzlich als unlauter angesehen wurden, und zwar hauptsächlich aus betriebs- und volkswirtschaftlichen Gründen³¹, werden sie heute fast allgemein als grundsätzlich zulässig angesehen, Unlauterkeit tritt nur ein, wenn besondere Umstände hinzutreten³².

b) Diese Meinung ist als richtig anzusehen; die grundsätzliche Unlauterkeit könnte nur aus betriebs- oder volkswirtschaftlichen Gesichtspunkten hergeleitet werden. Daß solche im Rahmen des § 1 UWG nicht zum Tragen kommen können, ist oben³³ bereits ausgeführt worden.

2. Unlauterkeitsmerkmale

Wenn auch die Abgabe von Werbegaben grundsätzlich als lauter anzusehen ist, so ist die Zulässigkeit doch gegenüber der von Warenproben eingeschränkt.

Besondere Bedeutung erlangt bei der rechtlichen Beurteilung von Werbegaben der Gesichtspunkt der psycholo-

³⁰ A. A. REIMER-KRIEGER, § 1 ZugVO Rdz. 10.

³¹ Vgl. RG GRUR 1936, 810 ff: Diamantine; RGZ 160, 385 ff: Lockenwickler; RGZ 149, 243 ff: Zahnarzt-Tagebuch; KLEIN, AWR 1937, 153.

³² BAUMBACH-HEFERMEHL, § 1 UWG Rdz. 94; GODIN-HOTH, § 1 UWG Anm. 24; BURMANN II 320 S. 3; NERRETER, GRUR 1939, 98 ff; D. REIMER, GRUR Ausl. 1958, 159 (166); KLAKA, WuW 1957, 45 (46); SEYDEL, MA 1956, 83 (88); WÜRDINGER, WuW 1955, 71 (77); BGH GRUR 1957, 600 (601): Westfalen-Blatt; BGH GRUR 1959, 544 (546): Modenschau.

³³ § 11 I 3.

gischen Beeinflussung, auf den schon oben³⁴ eingegangen wurde³⁵; bei Werbegaben ist aber wegen des Fehlens des Probezwecks ein strengerer Maßstab angebracht. Der Geschenkcharakter kommt hier stärker zur Geltung und es besteht demnach auch in erhöhtem Maß die Gefahr, daß sich die Empfänger moralisch zum Abschluß eines Vertrages verpflichtet fühlen. Dazu kommt, daß die bei Warenproben durch das Erfordernis der Probemenge gezogene wertmäßige Grenze bei Werbegaben nicht gilt und häufig überschritten wird; die Gefahr der unsachlichen Beeinflussung allein durch den Wert des Geschenks ist also wesentlich größer.

Aber auch die Gefahr der Beeinflussung durch Kontaktübersteigerung wird durch den Wegfall des Probezwecks erhöht. Die Abgabe von Warenproben würdigt das Publikum als eine objektive Aufklärungsaktion, die Kontaktnahme muß sich auch auf deren Durchführung beschränken. Dagegenüber wird die Einflußnahme bei der Verteilung von Werbegaben unmittelbar auf den Abschluß eines entgeltlichen Geschäfts abzielen. Außerdem wird sich das Publikum dabei leichter belästigt fühlen als bei einer Verteilung von Warenproben.

Die näheren Umstände der Verteilung spielen bei der Beurteilung eine große Rolle. So ist es bei der Verteilung von Werbegaben, im Gegensatz zu der von Warenproben, im Regelfall bedenklich, wenn der Empfänger ein Geschäft betreten muß³⁶; eine großzügige Beurteilung ist hingegen dann angebracht, wenn die Abgabe aus einem besonderen Anlaß (etwa einem Geschäftsjubiläum) erfolgt.

³⁴§ 10 II.

³⁵Vgl. dazu auch BURMANN II 325; BAUMBACH-HEFERMEHL, § 1 UWG Rdz. 94 ff; WÜRDINGER, WuW 1955, 71 (77); D. REINER, GRUR Ausl. 1958, 159 (166); v. BURCHARD, GRUR 1956, 163 (168 f).

³⁶NERRETER, GRUR 1939, 98 (104); OLG Düsseldorf JW 1931, 474 f.

Für die konkurrenzbezogene Unlauterkeit beim Einsatz von Werbegaben kann voll auf die Ausführungen oben³⁷ verwiesen werden. Der Probezweck spielt bei der Beantwortung der Frage, ob eine Behinderung vorliegt, keine Rolle, beide Arten von Warenschenkungen sind insoweit also gleich zu behandeln.

³⁷§ 11

§ 13 Die Beurteilung nach sonstigen Rechtsnormen

I. Die Sondertatbestände des UWG

Die Vorschriften der §§ 3 ff UWG haben für die Beurteilung von Warenproben als solchen keinerlei Bedeutung. Eine gewisse Rolle können sie jedoch bei der Gesamtbeurteilung einer solchen Werbung spielen, insbesondere im Zusammenhang mit Ankündigungen, Begleitschreiben oder der Aufmachung der Waren. Dabei ergeben sich jedoch im Zusammenhang mit Warenproben keinerlei Besonderheiten, eine Erörterung der Sondertatbestände des UWG ist im Rahmen des gestellten Themas deshalb nicht erforderlich.

II. Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb

1. Allgemeines

In der Rechtsprechung ist eine Ausdehnung des Schutzes im Wirtschaftsleben gegen Beeinträchtigungen dadurch erfolgt, daß das Recht am Unternehmen als sonstiges Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB anerkannt worden ist¹. In der Literatur wird diese Rechtsprechung teilweise abgelehnt, meist mit dem Hinweis darauf, daß hier das geschützte Rechtsgut nicht genügend abgrenzbar und erkennbar sei; das sei aber bei absoluten Rechten erforderlich, da diese nicht nur Schutz gegen jedermann, sondern auch generell gegen jeden Eingriff bieten². Beim Recht am Un-

¹RGZ 135, 242 (247); RGZ 163, 21 (32); BGHZ 3, 270 (279): Constanze; BGHZ 8, 142 (144): Schwarze Liste; BGHZ 8, 387 (394): Fernsprechnummer; BGHZ 36, 252 (257); BGHZ 38, 200 (205): Kindernähmaschinen; BGHZ 24, 200 (205): Spätheimkehrer.

²LARENZ, Lehrbuch des Schuldrechts Bd. 2, 7. Aufl. München und Berlin 1965, § 66 I d; ESSER, Schuldrecht, 2. Aufl. Karlsruhe 1960 § 202, 1 b, ff; NIPPERDEY, Beiträge zum Wirtschaftsrecht 1931, S. 445 ff; GIESEKE, GRUR 1950, 298 ff; v. TUHR, Allgemeiner Teil des BGB, Leipzig 1910, S. 155 ff.

ternehmen sei das geradezu umgekehrt, da der Normalfall die zulässige Verletzung (im Rahmen des lauterer Leistungswettbewerbs) sei. Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb wird in der Literatur aber auch teilweise anerkannt; dabei wird darauf hingewiesen, daß eine inhaltliche Beschränkung zum Wesen aller absoluten Rechte gehöre (das ist für das Eigentum in Art. 14 Abs. 2 GG klar ausgesprochen)³.

2. Die Bedeutung bei der Beurteilung von Warenproben

Im Rahmen dieser Arbeit kann auf die aufgezeigte Streitfrage nicht näher eingegangen werden, es wird davon ausgegangen, daß die Anerkennung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb berechtigt ist. Für das gestellte Thema ist dieses Recht nur bei der Beurteilung von örtlich und zeitlich konzentrierten Massenabgaben von Originalwaren zur Erprobung von Bedeutung. Diese können - wie bereits oben⁴ ausgeführt - zu einem zumindest zeitweisen Ausschluß eines Mitbewerbers vom Markt führen. Der Angriff auf den Kundenkreis ist nun allerdings grundsätzlich weder unlauter noch ist der Kundenstamm nach § 823 Abs. 1 BGB gegen Angriffe geschützt. Das Abspenstigmachen von Kunden mit den Mitteln des Leistungswettbewerbs ist kein Eingriff in einen geschützten Interessenbereich, da unter Berücksichtigung

³HUBMANN, ZHR 117, 41 ff; BRECHER, Das Unternehmen als Rechtsgegenstand, Bonn 1953, 130; BAUMBACH-HEFERMEHL, Allg. Rdz. 106; SCHIPPEL, Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, München-Köln-Berlin 1956, 32 ff. Grundsätzlich zustimmend auch v. CAEMMERER, Festschrift für Rabel Bd. 1 S. 332 (400) und Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben Bd. 2, S. 49 (90), der allerdings ein absolutes Recht am Unternehmen ablehnt und die Rechtsprechung als Ausbildung einer neuen Generalklausel versteht.

⁴§ 11 I.

der Entscheidungsfreiheit der Abnehmer die einzelne geschäftliche Beziehung nicht als geschützt angesehen werden kann⁵. Ein Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb liegt jedoch dann vor, wenn durch unlautere Wettbewerbshandlungen einem Mitbewerber die Abnehmer genommen werden und er somit vom Markt verdrängt wird⁶; das Recht am Unternehmen wird also auch nur dann verletzt, wenn eine Massenverteilung das oben⁷ aufgezeigte Ausmaß erreicht. Ein kurzfristiger Marktausschluß ist bereits ausreichend, da heute der BGH im Gegensatz zum RG⁸ nicht mehr fordert, daß der Eingriff sich unmittelbar gegen den Bestand des Gewerbebetriebs richtet, sondern bereits jede schuldhaft beeinträchtigung der gewerblichen Tätigkeit eines anderen als ausreichend ansieht⁹. Dem Erfordernis der Unmittelbarkeit des Eingriffs ist genügt, denn eine solche massenweise Probenverteilung richtet sich gegen den Betrieb als solchen und nicht nur gegen von diesem ablösbare Rechte oder Rechtsgüter¹⁰. Die Rechtswidrigkeit eines derartigen Eingriffs ist gegeben; da diese Werbeaktion nicht mehr im Rahmen des Leistungswettbewerbs liegt, wäre er nur dann rechtmäßig, wenn ein besonderer Rechtfertigungsgrund ge-

⁵SCHIPPEL, Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, S. 80.

⁶SCHIPPEL, aaO; HUBMANN in World Unfair Competition Law, Leiden und Brüssel 1965, 559.

⁷§ 11 I 5.

⁸RGZ 76, 35 (46); RGZ 101, 335 (337); RGZ 126, 93 (96).

⁹BGHZ 3, 270 (279): Constanze; BGHZ 23, 157 (162).

¹⁰Vgl. dazu insbesondere BGHZ 29, 65 (70 ff): Stromunterberechnung.

geben wäre, insbesondere die Handlung in Wahrnehmung berechtigter Interessen erfolgen würde.

Eine wesentliche Einschränkung der Bedeutung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb liegt allerdings darin, daß seine Funktion lediglich in der Lückenausfüllung gesehen wird; diese Einschränkung erlangt besondere Bedeutung bei der Beurteilung von Wettbewerbshandlungen, da diese speziell durch das UWG erfaßt sind¹¹. Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb spielt deshalb bei der Beurteilung von Warenproben keine große Rolle.

¹¹ BAUMBACH-HEFERMEHL, Allg. Teil. Rdz. 115 ff, Einl. UWG Rdz. 46; SCHIPPEL, Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, S. 1; v. CAEMMERER in Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben Bd. 2, S. 49 (90); RGZ 132, 311 (316); BGHZ 28, 320 (330); BGHZ 36, 252 (257).

§ 14 Proben für Gebrauchsgüter und Leistungsproben

I. Proben für Gebrauchsgüter

1. Stellungnahme in Rechtsprechung und Literatur

Die bisherigen Ausführungen sind ausschließlich auf die Probengewährung für Verbrauchsgüter abgestellt; daß Gebrauchsgüter bei der Werbung mit Warenproben eine Sonderstellung einnehmen, ist bereits bei der Begriffsbestimmung ausgeführt¹ worden. Das ist auch von der Rechtsprechung - soweit sie sich überhaupt mit dieser Frage befaßt hat - anerkannt worden. Das RG hat hierbei darauf abgestellt, daß dem Empfänger ein bleibender wirtschaftlicher Wert zufließt, da das Gut bei der Erprobung nicht untergeht². Allerdings kommt das RG zu seinem Unwerturteil wieder nur unter Zuhilfenahme wirtschaftspolitischer Erwägungen, insbesondere des Gesichtspunktes der für die Allgemeinheit schädlichen zweckfremden Bedarfsdeckung. Auch das KG hat in einer Entscheidung³ klar den Unterschied zwischen echten Warenproben und der Abgabe von Gebrauchsgütern herausgestellt. Das OLG Hamm⁴ ist hingegen bei der Beurteilung eines gleichgelagerten Sachverhaltes zur Zulässigkeit der Werbung gekommen. Ausschlaggebend soll einzig der Zweck der Werbung sein; beim Vorliegen eines Probezwecks sei deshalb auch die Zuwendung eines bleibenden wirtschaftlichen Wertes erlaubt.

¹Oben § 4 IV.

²RGZ 160, 385 (389 ff): Lockenwickler.

³GRUR 1939, 314 (316): Melitta.

⁴AWR 1937, 75.

In der Literatur wird meist ohne ausführliche Erörterung die Meinung vertreten, auch nicht verbrauchbare Waren könnten Probegaben sein⁵, zum Teil wird aber auch die Rechtsprechung bejaht⁶.

2. Eigene Stellungnahme

Vom hier vertretenen Standpunkt aus können Gebrauchsgüter niemals echte Warenproben sein, da eine Umsonstabgabe nicht mehr vom Probezweck gedeckt wird. Dieser kann vielmehr bereits durch eine Probevorführung bzw. die leihweise Hingabe zur Erprobung voll erreicht werden⁷. Allerdings verdient auch dabei der Probezweck Beachtung, die Leihe oder die Vorführung dürfen nicht in beliebigem Maße ausgedehnt werden. So wäre etwa bei einem Autokauf eine Probefahrt, bei der der spätere Käufer an seinen mehrere hundert Kilometer entfernten Urlaubsort gebracht wird, eine Zugabe. Das gilt praktisch bei jeder derartigen Probeübersteigerung, da diese wohl fast immer nicht in der bloßen Erwartung eines nachfolgenden Geschäftsabschlusses, sondern erkennbar unter dessen Voraussetzung erfolgt.

Andererseits ist die schenkweise Abgabe von Gebrauchsgütern zur Erprobung nicht schlechthin unzulässig, sie ist vielmehr als Werbegabe zu betrachten und mithin grundsätzlich zulässig. Für Einzelheiten kann insoweit auf das oben⁸ ausgeführte verwiesen werden.

⁵So BAUMBACH-HEFERMEHL, § 1 UWG Rdz. 108; ELSTER, AWR 1939, 161 (162); ders., Wettbewerbsrecht, § 1 ZugVO Anm. 10; CULEMANN, JW 1937, 1264; mit Differenzierungen auch REIMER, 135. Kap. Anm. 11.

⁶GODIN-HOTH, § 1 ZugVO Anm. 12; WÜRDINGER, WuW 1955, 71 (79); BRANDT, GRUR 1955, 327 (330).

⁷Darauf verweisen auch RGZ 160, 385 (391): Lockenwickler; KG GRUR 1939, 314 (316): Melitta; GODIN-HOTH, § 1 ZugVO Anm. 12; vgl. auch Wettbewerb 1964, 22.

⁸§ 12 IV.

II. Leistungsproben

1. Allgemeines

Während sich Rechtsprechung und Literatur mit Warenproben ausgiebig beschäftigt haben, sind Leistungsproben fast nicht beachtet worden. Das rührt wohl daher, daß sie praktisch kaum vorkommen, die Werbung mit Probegaben ist speziell auf Massenkonsumgüter zugeschnitten. Für gewisse Leistungen ist aber diese Werbeart durchaus ebenfalls geeignet, so etwa für Wäschereien und Reinigungsunternehmen. Für die Mehrzahl der Leistungen ist allerdings die Werbung mit Proben nicht geeignet; das ist aber eine rein wirtschaftliche Entscheidung, die auf die rechtliche Beurteilung keinerlei Einfluß hat.

2. Rechtliche Beurteilung

a) Soweit in Rechtsprechung und Literatur Leistungsproben überhaupt behandelt werden, werden sie den echten Warenproben gleichgestellt. Im - soweit ersichtlich - einzigen Urteil, das sich mit ihnen befaßt, hat das LG Hamburg die für die Beurteilung von Warenproben entwickelten Grundsätze analog angewandt⁹; es ist demnach zur grundsätzlichen Zulässigkeit der schenkweisen Gewährung von Leistungen zu Probezwecken gekommen. Im gegebenen Fall hat das Gericht jedoch die Werbung als unlauter angesehen, weil die erforderliche Probemenge überschritten worden sei. In der Literatur wird ohne ausführlichere Erörterungen die Gleichstellung von Leistungsproben und Warenproben ebenfalls bejaht¹⁰.

⁹WRP 1955, 138.

¹⁰BURMANN II 365 S. 1; REIMER-KRIEGER, § 1 ZugVO Anm. 11; TETZNER, § 1 UWG Anm. 149; vgl. auch Wettbewerb 1965, 29.

b) Dieser Ansicht ist zuzustimmen. Bei Leistungsproben sind, im Gegensatz zu Proben für Gebrauchsartikel, keine Gründe ersichtlich, die eine verschiedene Behandlung rechtfertigen. Insbesondere scheiden die bei Gebrauchsgütern gegebenen anderen Möglichkeiten, den Umworbenen ein sachliches eigenes Urteil zu ermöglichen, aus. Eine probeweise Gewährung einer Leistung erfordert zwingend ihre endgültige Zuwendung an den Umworbenen, die einmal erbrachte Leistung kann nicht zurückgenommen werden. Bei einer Beschränkung der Werbung auf reine Schauvorführungen wäre aber der Nachweis nicht mehr möglich, daß die angebotene Leistung auch auf die speziellen Anforderungen und den Geschmack des einzelnen Umworbenen zugeschnitten werden kann.

§ 15 Rechtsfolgen

I. Zivilrechtliche Folgen

1. Der Unterlassungsanspruch

Ist eine Werbung mit Warenproben nach den vorstehenden Ausführungen rechtswidrig, so löst sie einen Unterlassungsanspruch aus. Diese Rechtsfolge ist verankert in §§ 1 UWG, 2 ZugVO und 12 RabattG; für die Verletzung des Rechts am Unternehmen wird sie aus § 823 Abs. 1 in Verbindung mit § 1004 BGB abgeleitet.

Voraussetzung für den Unterlassungsanspruch ist die unmittelbar drohende Gefahr der Beeinträchtigung eines geschützten Gutes oder Interesses; eine bereits erfolgte Rechtsverletzung ist nicht erforderlich¹, die ernsthafte Gefährdung kann sich auch aus anderen Umständen ergeben. Wenn aber schon eine Verletzungshandlung begangen worden ist, so ist allein aus der Tatsache der Verfolgung einer Wettbewerbsabsicht auf das Bestehen einer Wiederholungsgefahr zu schließen; an den Wegfall dieser Gefahr sind strenge Anforderungen zu stellen². Ist keine unmittelbar drohende Beeinträchtigungsgefahr gegeben, so ist die Unterlassungsklage mangels eines Rechtsschutzbedürfnisses abzuweisen. Ausreichend für den Unterlassungsanspruch ist, daß die Handlung objektiv rechtswidrig ist, Verschulden ist nicht erforderlich³. Von der Rechtsprechung wird aller-

¹GODIN-HOTH, § 1 UWG Anm. 35; TETZNER, UWG Vorbemerkung Anm. 24; BAUMBACH-HEFERMEHL, Einl. UWG Rdz. 169; RGZ 101, 335 (340); BGHZ 2, 394.

²GODIN-HOTH, § 1 UWG Anm. 35; RGZ 95, 245; BGH GRUR 1955, 342 (345).

³REIMER, Kap. 107 Anm. 4; HUBMANN, § 49 V; GODIN-HOTH, § 1 Anm. 35; RGZ 60, 6; RGZ 116, 151 (153); BGH GRUR 1955, 411 (414); BGHZ 23, 184 (194): Spalttabletten.

dings gefordert, daß der Verletzer in Kenntnis aller Umstände, aus denen sich die Sittenwidrigkeit ergibt, handelt⁴, oder sich der Kenntnis bewußt verschließt⁵. Für den Unterlassungsanspruch kann es aber darauf nicht ankommen; er soll der Durchsetzung der objektiven Lauterkeit des Wettbewerbs dienen. Der unlautere Vorsprung ist von der Kenntnis des Verletzers völlig unabhängig, auf sie kann es nur dann ankommen, wenn die Beurteilung einer Handlung als sittenwidrig selbst von subjektiven Voraussetzungen abhängt⁶.

Ein Ausschluß der Rechtswidrigkeit durch einen besonderen Rechtfertigungsgrund kommt bei der Beurteilung der Werbung mit Warenproben kaum in Betracht.

2. Der Beseitigungsanspruch

Er dient im Gegensatz zum Unterlassungsanspruch der Beseitigung gegenwärtiger Beeinträchtigungen. Ausdrücklich angesprochen ist der Beseitigungsanspruch in § 1004 Abs. 1 BGB, in den Wettbewerbsgesetzen wird nur der Anspruch auf Unterlassung eingeräumt. Die Pflicht zur Unterlassung künftiger Störungen schließt aber zwingend die Beseitigung von gegenwärtigen Störungsquellen mit ein, der Beseitigungsanspruch läßt sich deshalb unmittelbar aus §§ 1 UWG, 2 ZugVO und 12 RabattG herleiten⁷. Die Voraussetzungen dieses Anspruchs sind die gleichen wie beim Unterlassungs-

⁴BGHZ 8, 387 (397): Fernsprechnummer; BGH GRUR 1956, 265 (270); BGH GRUR 1962, 42 (44): Sonderveranstaltung; REIMER, Kap. 74 Anm. 7.

⁵BGH GRUR 1955, 411 (414).

⁶BAUMBACH-HEFERMEHL, Einl. UWG Rdz. 79; GODIN-HOTH, § 1 UWG Anm. 10 b; KRAFT, Interessenabwägung, S. 147; HEFERMEHL, Festschrift für Nipperdey, 283 (287) Anm. 5.

⁷HEFERMEHL, Festschrift für Nipperdey, 283 (289) Anm. 2.

anspruch, nur muß statt der drohenden eine gegenwärtige Beeinträchtigung gegeben sein.

3. Der Schadensersatzanspruch

Die Verpflichtung zum Ersatz des entstandenen Schadens wird dem Verletzer durch §§ 1 UWG, 2 Abs. 2 ZugVO und 823 Abs. 1 BGB auferlegt. Für den Schadensersatzanspruch ist eine schuldhaftige Beeinträchtigung erforderlich; das ist in §§ 2 Abs. 2 ZugVO und 823 Abs. 1 BGB ausgesprochen, nicht jedoch in § 1 UWG. Demgemäß wurde auch zunächst von der Rechtsprechung für den Schadensersatzanspruch aus § 1 UWG kein Verschulden gefordert⁸. Das deutsche Recht räumt aber einen solchen Anspruch, abgesehen von den hier nicht gegebenen Fällen der reinen Gefährdungs- und Erfolgshaftung, nur bei Verschulden ein. Die Fassung des § 1 UWG ist daraus zu erklären, daß der Gesetzgeber davon ausging, daß die Sittenwidrigkeit das Verschulden mit einschließt. Heute ist allgemein anerkannt, daß auch § 1 UWG nur bei Verschulden einen Schadensersatzanspruch einräumt⁹. Die Schadenshöhe wird bestimmt durch die rechnerische Vermögensminderung, die durch die Handlung verursacht wurde; bei Wettbewerbshandlungen kommt dem entgangenen Gewinn (§ 252 BGB) besondere Bedeutung zu.

4. Der Anspruch auf Auskunftserteilung

Ein Anspruch auf Auskunftserteilung wurde von der Rechtsprechung aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) entwickelt. Dieser Anspruch ist ein Hilfsanspruch, der erst die Geltendmachung der eingeräumten

⁸RG MuW XXV 97 (98); RG GRUR 1932, 615 (617); KG MuW XXXII 253 (255); GODIN-HOTH, § 1 UWG Anm. 4.

⁹BAUMBACH-HEFERMEHL, Einl. UWG Rdz. 83; HUBMANN, § 49 V; REIMER, Kap. 74 Anm. 8; TETZNER, § 1 UWG Anm. 157; KRAFT, Interessenabwägung, S. 145; BGHZ 27, 264 (273): Programmheft; BGH NJW 1956, 1677; BGH GRUR 1960, 200 (202).

Rechte ermöglichen soll. Dieser Anspruch kommt immer dann zum Zuge, wenn der Berechtigte entschuldbar Bestand und Umfang seines Rechts nicht kennt, der Verpflichtete aber darüber Auskunft erteilen kann. Der Auskunftsanspruch ist auch nur dann gegeben, wenn eine Rechtsverletzung konkret behauptet und mit hoher Wahrscheinlichkeit dargetan ist, die Ausforschung über den Grund eines Anspruchs darf damit nicht verfolgt werden¹⁰.

5. Die Aktiv- und Passivlegitimation

a) Zur Klageerhebung wegen der erwähnten Ansprüche ist in jedem Fall der verletzte Gewerbetreibende berechtigt. Da jedoch eine Wettbewerbshandlung häufig auch Interessen anderer Mitbewerber oder der Allgemeinheit beeinträchtigen wird, sind bei einer Reihe von Verstößen auch alle Gewerbetreibenden, die gleiche oder verwandte Waren oder Leistungen herstellen oder in den Verkehr bringen sowie die Verbände zur Förderung gewerblicher Interessen, soweit sie als solche in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten klagen können, zur Erhebung der Unterlassungsklage befugt (§§ 13 Abs. 1 UWG, 2 Abs. 1 ZugVO, § 12 Abs. 1 RabattG).

b) Der Anspruch richtet sich gegen jeden Störer, auch wenn er Teilnehmer oder mittelbarer Täter ist. Eine Besonderheit gilt bei Störungshandlungen, die in einem geschäftlichen Betrieb durch einen Angestellten oder Beauftragten vorgenommen werden; in diesen Fällen ist der Unterlassungsanspruch auch gegen den Betriebsinhaber gegeben (§§ 13 Abs. 3 UWG, 2 Abs. 1 ZugVO, 12 Abs. 2 RabattG). Zur Schadensersatzleistung kann der Betriebsinhaber nach §§ 31, 839 BGB herangezogen werden.

¹⁰GODIN-HOTH, § 1 UWG Anm. 40; BAUMBACH-HEFERMEHL, Einl. UWG Rdz. 272; REIMER, Kap. 109 Anm. 5.

II. Strafrechtliche Folgen

Eine Reihe von Wettbewerbsverstößen löst neben zivilrechtlichen auch strafrechtliche Folgen aus. Für die Beurteilung von Warenproben tritt dies jedoch völlig in den Hintergrund, weil die Generalklausel des § 1 UWG nicht mit Strafe oder Buße bedroht ist und ein Verstoß gegen einen der bewehrten Sondertatbestände des UWG nicht durch die Werbung mit Warenproben selbst, sondern nur durch im Zusammenhang mit ihr vorgenommene Handlungen erfolgen kann. Bedeutsam werden die Strafvorschriften jedoch in den Fällen, in denen die Verteilung von Proben sich objektiv als Zugaben- oder Rabattgewährung erweist; derartige Wettbewerbsverstöße sind gemäß §§ 11 RabattG und 3 Abs. 1 ZugVO mit Geldstrafe in unbeschränkter Höhe bedroht. Die Verfolgung von Zuwiderhandlungen gegen die ZugVO ist jedoch nur auf Antrag hin (§ 3 Abs. 2 ZugVO) oder im Wege der Privatklage (§ 4 ZugVO) möglich.

L e b e n s l a u f

Am 5. April 1939 wurde ich als viertes Kind des Fabrikanten August Soldner und seiner Ehefrau Else, geb. Schmidt, in Rothenburg ob der Tauber geboren. Von 1945 bis 1949 besuchte ich in meiner Vaterstadt die Volksschule und wechselte dann in die dortige Oberrealschule über, an der ich im Jahre 1958 die Reifeprüfung ablegte. Im Dezember 1957 ist mein Vater verstorben.

Im Wintersemester 1958/59 begann ich das Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Erlangen-Nürnberg; im Sommer 1960 wechselte ich für 2 Semester an die Universität München über und setzte danach mein Studium wieder in Erlangen fort. Nach 8 Semestern legte ich im Januar 1963 die erste juristische Staatsprüfung mit der Gesamtnote "befriedigend" (3,60) ab. Seit März 1963 befinde ich mich als Rechtsreferendar im Vorbereitungsdienst für das zweite juristische Staatsexamen.

Offsetdruck - Fotodruck

Josef Hogl

8520 Erlangen, Hauptstr. 109, (Nähe Martin-Luther-Platz,) Tel. 22990

Offsetdruck-Fotodruck

J. Hogl, 852 Erlangen, Hauptstr. 109, (Nähe Martin-Luther-Platz) Tel. 22990